Das
Ruhen der elterlichen Gewalt.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Otto von Zimmermann
Referendar

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1902

MEINEN ELTERN.

Litteratur-Verzeichnis.

Böhm, Das Vormundschaftsrecht des BGB.

Boschau, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht.

Bunsen, Einführung in das BGB.

Cosack, Lehrbuch des BGB.

Endemann, Einführung in das BGB.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht.

Fischer u. Henle, Kommentar zum BGB.

Fraenkel, Familienrecht des BGB.

Gareis, Allgemeiner Teil des BGB.

Gierke, Der Entwurf eines BGB.

Goering, Das Recht der Minderjährigen und Entmündigten.

Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsgeschäfte.

Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB.

Mayen, Lehrbuch des Familien- und Vormundschaftsrechts.

Mayer, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. Bd. I.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Bd. 4.

Neumann, Handausgabe des BGB.

Opet, Verwandschaftsrecht.

Planck, BGB.
Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines BGB. Archiv für civ. Praxis. Bd. 75.
Protokolle zu dem Entwurf des BGB. Bd. 4.
Philler, Das Vormundschaftsrecht des BGB.
Philler, Vorlesungen über das Recht des BGB.
Richter, Das Vormundschaftsrecht im BGB.
Scherer, Familienrecht des BGB.
Schroeder und Mugdan, Das deutsche Vormundschaftsrecht.
Schultzenstein, Das deutsche Vormundschaftsrecht.
Spahn, Verwandschaft und Vormundschaft nach dem BGB.
Staudinger, Kommentar zum BGB.

Disposition.

Einleitung: Begriff und Erwerbsgründe der elterlichen Gewalt.

I. Gründe für das Ruhen der elterlichen Gewalt.

1. Rechtliche Gründe:
   - α. Geschäftsunfähigkeit des Gewalthabers.
   - β. Beschränkung des Gewalthabers in der Geschäftsfähigkeit.
   - γ. Bestellung eines Pflegers für die Person und das Vermögen des Gewalthabers.
2. Thatsächliche Gründe:

II. Folgen des Ruhens.

1. Für denjenigen Elternteil, dessen Gewalt ruht.
   - α. in Bezug auf die Sorge für die Person des Kindes.
     - a) beim Ruhen der elterlichen Gewalt gemäss § 1676 Abs. 1 und § 1677.
     - b) beim Ruhen der elterlichen Gewalt gemäss § 1676 Abs. II.
   - β. in Bezug auf die Sorge für das Vermögen des Kindes.

a) Allgemeines,
b) Herausgabe des Kindesvermögens,
c) Rechenschaftslegung,
d) Einstweilige Fortführung der Geschäfte gemäss § 1682;

γ. in Bezug auf die Nutzniessung des Gewalthabers am Kindesvermögen.
a) bei Fortbestehen der Ehe,
b) nach Auflösung der Ehe.

2. Für den Minderjährigen.
α. wenn der andre Elternteil noch am Leben ist.
a) wenn ihm die Ausübung der elterlichen Gewalt unbeschränkt zusteht,
b) wenn seine Ausübung der elterlichen Gewalt Beschränkungen unterliegt;
β. wenn der andere Elternteil gestorben ist oder seine Gewalt verwirkt hat;
γ. wenn die Ehe aufgelöst ist.

III. Beendigung des Ruhens.

Die wichtigste und tiefgreifendste Neuerung, die das BGB. auf dem Gebiet des Familienrechts geschaffen hat, ist die Einführung des Rechtsbegriffs der elterlichen Gewalt.

Die frühern Gesetzgebungen kannten nur eine väterliche Gewalt, die, je nachdem die Particularrechte auf dem Boden des römischen oder des deutschen Rechtes standen, ein dem Interesse des Hausvaters dienendes Herrschaftsrecht über das Hauskind oder eine vormundschaftliche Schutzgewalt des Vaters dem Kinde gegenüber darstellte. Der Mutter stand nach allen früheren Rechten wohl eine mehr oder weniger beschränkte Fürsorge für die Person des Kindes zu, Gewalthaberin über dasselbe konnte sie jedoch auch beim Fortfall der Gewalt des Vaters nicht werden.

Das BGB. hat nun vom Gedanken der Gleichberechtigung der Geschlechter ausgehend zum Träger der auf deutschrechtlichen Anschauungen beruhenden Schutzgewalt über die Kinder nicht nur den Vater, sondern auch die Mutter gemacht. Es spricht von einer elterlichen Gewalt. Diese steht grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zu.[1] Bei Lebzeiten des

1) Planck, BGB. Bd. 4 S. 379 4.

Vaters tritt jedoch dieses Recht der Mutter nicht voll in die Erscheinung. Der Vater ist auch nach heutigem Recht infolge des dominierenden Einflusses, den er in der ehelichen Gemeinschaft ausübt, das Oberhaupt der Familie. Solange er lebt und nicht aus andern Gründen verhindert ist, übt er daher die elterliche Gewalt grundsätzlich allein aus. Der Mutter steht neben ihm nur eine beschränkte Sorge für die Person des Kindes zu. (§ 1634). Erst in zweiter Linie nach Ausscheiden des Vaters kommt das Recht der Mutter voll zur Geltung. In diesem Falle nimmt sie den Kindern und Dritten gegenüber dieselbe Stellung ein, wie vorher der Vater, und auf ihre elterliche Gewalt finden dieselben Vorschriften Anwendung, wie auf die des Vaters mit geringen im folgenden näher zu besprechenden Einschränkungen. (§ 1686). Wenn also im folgenden von der elterlichen Gewalt des Vaters gesprochen wird, so gilt dasselbe, wenn das Gegenteil nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, auch von der der Mutter.

Wie schon oben hervorgehoben, beruht die elterliche Gewalt des BGB. auf deutschrechtlicher Grundlage. Sie ist eine aus dem natürlichen Schutzbedürfnis der Hauskinder hervorgegangene elterliche Schutzgewalt mit vormundschaftlichem Charakter.[1] Sie stellt sich mehr als eine Pflicht des Hausvaters dar als ein Recht. Sie umfasst die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes. Nur die sich auch als Bestandteil der elterlichen Gewalt darstellende Nutz-

1) Motive, Bd. 4 S. 721.

niessung des Gewalthabers am Kindesvermögen kann als ein Recht desselben angesehen werden. Doch sollen auch die Nutzungen in erster Linie im Interesse des Kindes zu dessen Unterhalt verwandt werden. Sie stehen nur deshalb dem Gewalthaber zu, weil er als Haupt der Familie die Kosten des gemeinschaftlichen Hausstandes zu bestreiten hat.

Begründet wird die elterliche Gewalt durch eheliche Abstammung, Geburt aus einer nichtigen Ehe, deren Nichtigkeit jedoch mindestens dem einen Elternteil unbekannt war, Legitimation durch nachfolgende Ehe, Ehelichkeitserklärung und Adoption. Uneheliche Kinder unterstehen also nicht der elterlichen Gewalt, weder der der Mutter noch der des Vaters. Ihnen gleichgestellt werden auch Kinder aus nichtigen Ehen, wenn beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung gekannt haben oder wenn die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in's Heiratsregister eingetragen worden ist. (§ 1699). In allen übrigen Fällen werden die Kinder aus nichtigen Ehen denen aus gültigen in Bezug auf Ehelichkeit gleichgestellt und unterstehn der elterlichen Gewalt und zwar beider Eltern, wenn beide Ehegatten gutgläubig waren; wenn dagegen einem Ehegatten die Nichtigkeit bei Abschluss der Ehe bekannt gewesen ist, nur der elterlichen Gewalt des anderen Ehegatten. Dieser Ehegatte wird in Ansehung seiner elterlichen Gewalt rechtlich so behandelt, als wenn der andere Ehegatte gestorben wäre. Mit Erfolg angefochtene Ehen werden von Anfang an nichtigen

Ehen gleich behandelt. In Bezug auf die elterliche Gewalt hat der anfechtungsberechtigte Teil dieselbe Stellung, wie bei nichtigen Ehen der gutgläubige Gatte.

I.

Wie wir oben gesehn haben, ist unter normalen Verhältnissen der Vater der Träger der elterlichen Gewalt mit allen Rechten und Pflichten, die dem Gewalthaber durch das Gesetz übertragen sind. Es können jedoch Umstände eintreten, die im Interesse des Kindes eine anderweitige Regelung wünschenswert erscheinen lassen. Das BGB. unterscheidet in dieser Hinsicht drei Kategorien, die je nach den Gründen und Wirkungen verschieden gestaltet sind.

1) Beschränkungen der elterlichen Gewalt dem Umfange nach.
2) das Ruhen der elterlichen Gewalt.
3) die Beendigung der elterlichen Gewalt.

Die beiden ersten Gruppen ähneln sich insofern als die elterliche Gewalt dem Rechte nach bei dem bisherigen Gewalthaber verbleibt, während bei der Beendigung die Gewalt dem Rechte nach völlig und definitiv erlischt und zwar überhaupt schlechthin oder in der Person des Inhabers. Der begriffliche Unterschied zwischen den beiden ersten Kategorien ist in folgendem zu sehn:[1] Die Beschränkungen der elter-

1) Knitschky, Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern, S. 234.

lichen Gewalt treten beim Vorliegen gewisser Gründe durch richterliche Anordnung ein und können durch solche wieder beseitigt werden. Der Umfang der Beschränkungen ist auch im einzelnen festzustellen. Das Ruhen der elterlichen Gewalt tritt dagegen beim Vorliegen bestimmter rechtlicher oder thatsächlicher Gründe von Gesetzeswegen ein. Das Bestehn solcher Gründe oder Thatsachen muss höchstens in einzelnen Fällen durch das Gericht festgestellt werden. Das Ruhen endigt ebenso auch mit Fortfall der Voraussetzungen.

Auch sind beim Ruhen der elterlichen Gewalt die Wirkungen ein für alle Mal gesetzlich normiert, während bei den gerichtsseitig angeordneten Beschränkungen nur die Folgen eintreten, die in der richterlichen Anordnung aufgeführt sind.

Das Ruhen der elterlichen Gewalt stellt sich also begrifflich dar als eine zeitliche Beendigung der Ausübung der elterlichen Gewalt, die dem Rechte nach dem bisherigen Inhaber verbleibt. Da aber trotzdem durch das Ruhen eine weittragende Veränderung des Gewaltverhältnisses zwischen Vater und Kind hervorgerufen wird, soll es nur eintreten, wenn wirklich wichtige Gründe dafür vorliegen.

Da die elterliche Gewalt in erster Linie dem Interesse des Kindes dient und sich als eine vormundschaftliche Schutzgewalt darstellt, muss ein Wechsel in der Person desjenigen, der diese Gewalt ausübt, eintreten, wenn der bisherige Gewalthaber den Anforderungen seiner Stellung wegen geistiger oder körper-

licher Gebrechen nicht mehr gewachsen oder thatsächlich an der Ausübung verhindert ist.

1. Zu unterscheiden ist zwischen rechtlichen und thatsächlichen Gründen für das Ruhen. Unter erstern versteht das Gesetz solche, bei deren Vorliegen die Ausübung der Gewalt seitens des Gewalthabers rechtliche Bedenken im Wege stehn. Der Gesetzgeber hat es für unzulässig gehalten, dass eine Person, der aus irgendwelchen rechtlichen Gründen die Besorgung ihrer eignen Angelegenheiten entzogen ist, die Gewalt über ihre noch des elterlichen Schutzes bedürftigen Kinder zustehe, auch wenn der Gewalthaber thatsächlich vielleicht imstande wäre, die Gewalt auszuüben.

a. Die elterliche Gewalt des Vaters ruht also, wenn er geschäftsunfähig ist (§ 1676 Abs. 1). In Betracht hierbei können natürlich nur die Ziffern 2 und 3 des § 104 kommen, wonach geschäftsunfähig ist, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur noch ein vorübergehender ist. Geschäftsunfähig ist ferner, wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. Nicht in Betracht kommen die Fälle des § 105 Abs. 2, da es sich dort zwar um nichtige Handlungen, nicht aber um solche eines Geschäftsunfähigen handelt. Es könnte auf diese Fälle eventuell der § 1677 Anwendung finden,[1] worüber unten noch näher zu sprechen ist.

1) Neumann, Handausgabe des BGB. § 1676 II.

Das Ruhen tritt sofort mit Beginn der Geschäftsunfähigkeit ein.[1] Im Fall des § 104 Ziffer 2 kann der Zeitpunkt demnach unbestimmt sein, weil es keiner gerichlichen Feststellung dafür bedarf, wann der im Gesetz vorgesehene Zustand als eingetreten anzusehen ist. Diese Bestimmung kann manche Gefahren für die Verkehrssicherheit mit sich bringen. Oft wird es zweifelhaft sein, ob die Voraussetzungen des § 104 Ziffer 2 vorliegen. In solchen Fällen besteht keine genügende Sicherheit dafür, ob der Vater noch zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt ist oder nicht. Es können Zweifel entstehn über die Gültigkeit der von ihm während dieser Zeit im Namen des Kindes vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Namentlich Fremde, dem Vater fernstehende Personen werden sich leicht über die Vertretungsmacht des Vaters im Unklaren befinden.

Andrerseits würde aber das Interesse des Kindes erheblichen Gefährdungen ausgesetzt sein, wenn ein geisteskranker Vater solange zu seiner Vertretung befugt wäre, bis die Entmündigung erfolgt ist. Es wäre ein für das Kind sehr verhängnissvoller Zustand, wenn seine Rechte längere Zeit hindurch garnicht oder schlecht vertreten sein würden. Deshalb bestimmt das Gesetz, dass die elterliche Gewalt schon vor der Entmündigung sofort mit Eintritt des im § 104 Ziffer 2 näher definierten Zustandes ruhen solle.

---

1) Motive S. 819.

Äussert sich die Geisteskrankheit des Gewalthabers nicht in der eben besprochenen Weise, so beginnt das Ruhen erst mit der Entmündigung und zwar mit der Bestellung des Vormundes, da mit diesem Zeitpunkt erst die Entmündigung in Wirksamkeit tritt, (§ 661 CPO.) also die an dieses Ereigniss geknüpften rechtlichen Folgen eintreten können.[1]

5. Ferner ruht die elterliche Gewalt, wenn der Gewalthaber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 1676 Abs. 2). Beschränkte Geschäftsfähigkeit liegt vor in den Fällen der §§ 106 u. 114. Das Ruhen der Gewalt wegen Minderjährigkeit ist in der Regel nur hinsichtlich der Mutter denkbar. Beim Vater kann dieser Fall nur in Betracht kommen bei vorschriftswidriger Eheschliessung (§ 1303) oder wenn ein uneheliches Kind eines Minderjährigen während der Minderjährigkeit des Vaters für ehelich erklärt wird (§§ 1723 u. 1729).[2] Doch dieses sind Fälle, die im praktischen Leben selten vorkommen werden; von Bedeutung ist lediglich die Minderjährigkeit, wenn die Mutter die Gewalthaberin ist.

Das Ruhen tritt bei Minderjährigkeit des Gewalthabers sofort mit Erwerb der elterlichen Gewalt ein.

In der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind ferner Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung

---

1) Knitschky, S. 235.

2) Planck, § 1776 b.

oder Trunksucht entmündigt oder gemäss § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind (§ 114).

Diese Gründe des Ruhens entsprechen im grossen und ganzen den Vorschriften der früheren Gesetze, nur dass die Entmündigung wegen Trunksucht überhaupt eine Neuschöpfung des BGB. st, und gemeinrechtlich bestritten war, ob in der Entmündigung wegen Verschwendung ein genügender Grund für das Ruhen der elterlichen Gewalt zu sehen sei.[1] Nach ALR. trat in diesem Falle sogar Verwirkung der väterlichen Gewalt ein. Diese Bestimmung geht entschieden über Bedürfnis und Zweck hinaus, da bei der Verwirkung auch die Nutzniessung am Kindesvermögen dem Gewalthaber genommen wird. Es genügt zur Sicherung des Kindesvermögens, wenn die Verwaltung dem wegen Verschwendung Entmündigten entzogen wird und die zur Tragung der Lasten und Aufwendungen für das Kindesvermögen und der Kosten des Unterhaltes des Kindes erforderlichen Mittel von den Nutzungen gemäss § 1656 vorweg entnommen werden.

Bestritten ist, wann in den eben erwähnten Fällen das Ruhen der elterlichen Gewalt eintritt. Fraenkel[2] ist der Ansicht, das Ruhen beginne nicht erst mit der Entmündigung des Gewalthabers, sondern schon mit dem thatsächlichen Eintritt der Geschäftsbeschränkung. Was Fraenkel damit meint, ist nicht ganz klar. Der „thatsächliche Eintritt der Geschäftsbeschränkung" er-

1) Motive S. 819.
2) Fraenkel, Familienrecht des BGB. S. 127.

folgt doch erst in dem Augenblick, wo die Entmündigung in Wirksamkeit tritt, d. h. bei der Entmündigung oder Stellung unter vorläufige Vormundschaft wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht mit der Zustellung des diesbezüglichen Beschlusses an den zu Entmündigenden (CPO. §§ 661 Abs. 2 und 683 Abs. 2) und bei Stellung unter vorläufige Vormundschaft wegen Geisteskrankheit mit der Bestellung des Vormundes (§ 661 Abs. 1 CPO. vergl. auch § 52 Fr. G. G.).[1]

Als letzten rechtlichen Grund für das Ruhen der elterlichen Gewalt nennt das Gesetz die Bestellung eines Pflegers für die Person und das Vermögen des Gewalthabers gemäss § 1910 Abs. 1.

Es handelt sich in diesem Paragraphen um die Bestellung eines Pflegers wegen körperlicher Gebrechen. Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt wegen geistiger Gebrechen einzelne seiner Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, so ruht seine Gewalt nicht, selbst wenn er seiner Gebrechen wegen gemäss § 1910 Abs. II einen Pfleger erhält. Denn es wird im Paragraph 1676 Abs. II ausdrücklich nur auf den ersten Absatz des § 1910 verwiesen. Wenn natürlich sein geistiges Gebrechen einen solchen Umfang annimmt, dass er geschäftsunfähig oder entmündigt wird, so tritt aus diesem Grunde das Ruhen seiner elterlichen Gewalt ein.

1) Knitschky S. 236.

Das BGB. giebt keine Aufzählung der einzelnen körperlichen Gebrechen. Es führt nur als die häufigsten Fälle Blindheit, Taubheit und Stumheit an; doch damit ist der Kreis der Möglichkeiten nicht geschlossen. Weitere Fälle sind: Epilepsie, Verstümmelung u. s. w.[1] Dass diese Gebrechen dauernd oder unheilbar sind, stellt das Gesetz nicht als Voraussetzung hin. Erforderlich ist aber, dass der Gewalthaber infolge des Gebrechens seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Wann dies der Fall ist, ist Thatfrage. Massgebend wird dafür in der Regel die eigne Anschauung des unter Pflegschaft zu Stellenden sein, wie denn auch seine Einwilligung zur Bestellung nach § 1910 Abs. III erforderlich ist. Nur für den Fall, dass eine Verständigung mit dem Gebrechlichen unmöglich ist, bedarf es seiner Einwilligung nicht. Bei dieser Sachlage wird ein Bedürfnis offensichtlich sein.

Damit die elterliche Gewalt ruht, muss sich die Pflegschaft auf das Vermögen und die Person des Gebrechlichen erstrecken. Tritt die Pflegschaft nur für einzelne Angelegenheiten oder für einen Kreis von Angelegenheiten ein, so ruht die Gewalt nicht.

Der Eintritt des Ruhens vollzieht sich mit der Bestellung des Pflegers.

In allen bisher aufgeführten Fällen beginnt das Ruhen der elterlichen Gewalt von selbst mit Eintritt der gesetzlichen Voraussetzung. Es bedarf keiner aus-

1) Planck, § 1910 b.

drücklichen Feststellung durch das Vormundschaftsgericht, dass diese vorlägen und mithin das Ruhen begänne. Eine solche Feststellung ist auch in Anbetracht der Verkehrssicherheit in den meisten Fällen nicht erforderlich, da, wie wir oben bei Besprechung der einzelnen Gründe gesehn haben, der Augenblick des Eintritts gesetzlich fest bestimmt ist, Zweifel also garnicht entstehen können. Nur wenn die elterliche Gewalt wegen Geisteskrankheit des Gewalthabers vor erfolgter Entmündigung gemäss § 1676 Abs. 1 in Verbindung mit § 104 Ziffer 2 ruht, kann der Zeitpunkt des Ruhens ungewiss sein. Doch auch in diesem Fall hat das Gesetz von einer gerichtlichen Feststellung Abstand genommen, weil, wie schon ausgeführt, der Gesetzgeber es für logisch unmöglich hält, dass ein Geschäftsunfähiger auch nur für kurze Zeit die elterliche Gewalt über sein Kind ausübt.

2. Eine in dieser Beziehung abweichende Regelung trifft das Gesetz beim Ruhen der elterlichen Gewalt aus thatsächlichen Gründen (§ 1677). Hier bedarf es stets einer vormundschaftlichen Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 1677 vorliegen.

Die Voraussetzungen des Eintritts des Ruhens sind im einzelnen folgende: Der Gewalthaber muss thatsächlich an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert sein. Als solche thatsächliche Gründe kommen in Betracht Abwesenheit, Krankheit, Freiheitsstrafen u. s. w. Auch Geistesschwäche, ständige

Trunkenheit können als thatsächliche Verhinderungsgründe angesehen werden, wenn eine Entmündigung überhaupt nicht beantragt oder das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist.[1] Es genügt die thatsächliche Verhinderung. Dass die Abwesenheit oder sonstige Verhinderung vom Vater verschuldet ist, ist nicht erforderlich.[2]

In einigen frühern Gesetzen sind die Gründe im einzelnen aufgeführt. Das BGB. vermeidet aber absichtlich eine solche Aufzählung, da sich alle Möglichkeiten nicht übersehen lassen.[3]

Im ersten Entwurf musste die Verhinderung eine derartige sein, dass sich die Notwendigkeit einer allgemeinen Fürsorge für das Vermögen und die Person des Kindes ergab. Diese Bestimmung ist von der Reichstagskommission gestrichen worden. Hierdurch ist sachlich nichts geändert worden. Das Vormundschaftsgericht wird das Vorliegen einer thatsächlichen Verhinderung nur annehmen, wenn sie sich auf die Ausübung der elterlichen Gewalt im ganzen erstreckt. Eine anderweitige Auffassung würde dem Sinn und dem Wortlaut des Gesetzes widersprechen. Betrifft die Verhinderung des Gewalthabers nur einzelne von ihm zu besorgende Angelegenheiten und ist er im übrigen in der Lage, die elterliche Gewalt auszuüben, so wäre es eine dem Grundgedanken des Gesetzes widersprechende Anordnung des Vor-

1) Knitschky S. 247.
2) Endemann, Einführung in das BGB. S. 873.
3) Motive S. 819.

mundschaftsgerichts, wenn dem natürlichen Inhaber der elterlichen Gewalt die Ausübung derselben im ganzen entzogen würde, wie es im Fall des Ruhens geschähe. Die Bestellung eines Pflegers für diese einzelnen Angelegenheiten genügt vollständig.

Eine weitere Voraussetzung ist, dass die Verhinderung von längerer Dauer ist. Wegen der tief einschneidenden Folgen, die das Ruhen der elterlichen Gewalt mit sich bringt, wäre es unzweckmässig bei jeder vorübergehenden Verhinderung des Vaters, wie z. B. einer kurzen Reise, seine Gewalt gleich ruhen zu lassen. Dafür, dass in solchen Fällen das Kind nicht die nötige Fürsorge entbehre, sorgen die Bestimmungen der §§ 1685 u. 1665, wonach die Mutter, resp. ein von dem Vormundschaftsgericht zu bestellender Pfleger bei jeder thatsächlichen Verhinderung des Vaters eintreten.

Die elterliche Gewalt ruht jedoch erst, wenn das Vorliegen dieser Voraussetzungen vom Vormundschaftsgericht festgestellt ist. Die Gründe für diese Bestimmung sind einleuchtend. Es wird in den meisten Fällen zweifelhaft sein, ob und mit welchem Zeitpunkt eine thatsächliche Verhinderung des Gewalthabers von der im Gesetz geforderten Beschaffenheit eingetreten ist.[1] Da das Ruhen der elterlichen Gewalt aber nicht nur im Hinblick auf die unmittelbar beteiligten Personen, sondern auch Dritten gegenüber grosse Wirkungen ausübt, würde eine Ungewissheit in dieser Beziehung die Verkehrssicherheit in erheblichem Masse gefährden.

1) Motive 819.

Von den Gegnern dieser Bestimmung ist eingewandt worden, dass dem Vormundschaftsgericht dadurch ein zu grosser Einfluss auf die internen Familienbeziehungen eingeräumt würde. Aber, abgesehen davon, dass ja gegen eine diesbezügliche Verfügung das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben ist, kommen derartige Bedenken gegenüber den grossen Nachteilen, die eine anderweitige Regelung mit sich bringen würde, nicht in Betracht.

Die Feststellung ist ein von amtswegen vorzunehmendes Geschäft des Vormundschaftsgerichts. Im praktischen Leben wird allerdings meistens die Thätigkeit der Behörde erst durch einen Antrag eines Beteiligten oder des Gemeindewaisenrates in Bewegung gesetzt. Aber hierdurch wird der Charakter der Feststellung als einer von amtswegen vorzunehmenden Handlung nicht berührt. Der Antrag ist nichts weiter als ein Mittel, die Behörde von dem Vorhandensein der für die Feststellung erforderlichen Voraussetzungen Nachricht zu geben. Praktisch äussert sich der Charakter dieser vormundschaftsgerichtlichen Verfügung, beispielsweise in dem preussischen und hamburgischen Gerichtskostengesetz. Hier ist für die Frage nach dem Kostenschuldner ausschlaggebend, ob die Thätigkeit der Behörde von amtswegen oder nur auf Antrag vorgenommen wird. Geschieht sie von Amtswegen, so ist der Interessent Kostenschuldner, geschieht sie nur auf Antrag, so trägt der Antragsteller die Kosten. Bei der Feststellung der thatsächlichen Verhinderung, die elterliche Gewalt auszuüben, ist immer das Kind als der

an der Handlung Interessierte, nicht aber der Antragsteller Kostenschuldner. (Hambg. Gerichtskostenges. § 1, preussisches Gerichtskostenges. § 1).

In jedem einzelnen Fall wird das Gericht eine gewissenhafte und eingehende Untersuchung anstellen müssen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.[1] Bei Abwesenheit des Vaters müsste z. B. das Vormundschaftsgericht bei den Polizeibehörden des letzten Wohnsitzes und der umliegenden Ortschaften Erkundigungen einziehn; bei Krankheiten des Gewalthabers sich ein ärztliches Gutachten vorlegen lassen u. s. w.

In Wirksamkeit tritt die Verfügung, durch die festgestellt wird, dass der Vater oder die Mutter auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, mit der Bestellung des Vormundes über das Kind. Hat jedoch die Mutter nach § 1685 die elterliche Gewalt auszuüben, so wird die Verfügung mit der Bekanntmachung an die Mutter wirksam. (§ 51 FrGG.) Mit diesem Zeitpunkt beginnt also erst das Ruhen der elterlichen Gewalt.

Die Bestimmung des § 51 Satz 1 Fr. G. G. widerspricht eigentlich den Vorschriften der §§ 1678 und 1773. Es handelt sich dabei um den Fall, dass beim Wegfall desjenigen Inhabers der elterlichen Gewalt der andere Elternteil nicht mehr am Leben oder an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, also die Bestellung eines Vormundes sich

1) Opet, Verwandschaftsrecht S. 284.

vernotwendigt. Erst durch den Eintritt des Ruhens wird dem bisherigen Inhaber der elterlichen Gewalt die Berechtigung zur Ausübung entzogen (§ 1678). Erst mit diesem Zeitpunkt ist der Gewalthaber nicht mehr berechtigt, das Kind in den die Person oder das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zu vertreten. Erst dann liegen also die Voraussetzungen zur Bestellung eines Vormundes vor (§ 1773). Also erst nach Wirksamkeit der betreffenden Verfügung könnte streng genommen die Bestellung eines Vormundes erfolgen. Aus Zweckmässigkeitsgründen ist jedoch die oben dargestellte gesetzliche Bestimmung getroffen, dergestalt, dass die Bestellung des Vormundes und die Feststellung der Verhinderung zusammenfallen.[1] In dem Fall, dass der andere Elternteil, also die Mutter zur Ausübung der Gewalt imstande ist, hat die Feststellung durch das Vormundschaftsgericht nur negative Bedeutung, nämlich, dass damit ausgesprochen wird, dass der Vater der Berechtigung verlustig geht, die elterliche Gewalt auszuüben. Thatsächlich hat diese Verfügung in Bezug auf den nunmehrigen Eintritt der Mutter keine Bedeutung, da diese schon gemäss § 1685 Abs. I ohne ausdrückliche Festsetzung bei jeder thatsächlichen Verhinderung zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt und verpflichtet ist.[2]

Durch die aufgezählten Fälle sind die Gründe, die ein Ruhen der elterlichen Gewalt hervorrufen, erschöpft

1) Planck, § 1676_2.
2) Boschan, das Eltern- und Vormundschaftsrecht S. 32, 33.

Der erste Entwurf liess ausserdem die elterliche Gewalt über ein Kind ruhen, solange sein Familienstand nicht ermittelt war. Diese Bestimmung wurde von der Kommission gestrichen, weil kein Bedürfnis hierfür vorläge.[1] Es käme überhaupt nicht häufig vor, dass der Personenstand eines Kindes unbekannt sei, und wenn ein solcher Fall einträte, so würde das Kind in der Regel vermögenslos sein. Etwaige Konflikte zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem gemäss § 1773 Abs. 2 bestellten Vormund würden aber in der Regel nur in Bezug auf die Vermögensverwaltung entstehen, würden aber auch in diesem sehr selten eintretenden Fall sich durch gütliche Verständigung regeln lassen. Wenn dieselbe Angelegenheit von beiden gesetzlichen Vertretern in verschiedener Weise geregelt worden ist, so würde, wie in ähnlichen Fällen, wo zwei Vertreter vorhanden sind (vergl. z. B. § 115 BGB.), die zuerst getroffene Anordnung wirksam sein.

II.

Durch das Ruhen wird die elterliche Gewalt in der Person des bisherigen Gewalthabers nicht aufgehoben. Dieser behält sie vielmehr dem Rechte nach.[2] Er ist nur zur Ausübung der Gewalt nicht mehr berechtigt (§ 1678). Das Ruhen der elterlichen Gewalt

1) Protokolle S. 644.

2) Knitschky S. 234, Endemann S. 873, Planck, § 1678 Ia u. a. m.

stellt sich also dar als eine Behinderung in ihrer Ausübung. Die Ausübung ist dem Gewalthaber nicht nur thatsächlich, sondern rechtlich genommen, d. h., auch wenn er thatsächlich imstande wäre, die Gewalt auszuüben, so wäre er hierzu doch nicht ermächtigt, solange das Ruhen dauert. Wenn z. B. der Vater nach langer Abwesenheit, währenddem seine Gewalt gemäss § 1677 ruht, zurückkehrt, so ist er nicht schon sofort nach seiner Rückkunft zur Ausübung der elterlichen Gewalt befugt, sondern erst, wenn gemäss § 1677 Abs. 2 das Ruhen sein Ende erreicht hat. Das hat zur Folge, dass alle Rechtsgeschäfte, die er vom Zeitpunkt seiner Rückkehr an bis zur Feststellung durch das Vormundschaftsgericht im Namen des Kindes vornimmt, unwirksam sind. Darin liegt eine grosse Gefahr für die Verkehrssicherheit, da Laien dieser Umstand meist unbekannt zu sein pflegt und Dritte, falls sie auch diese gesetzlichen Bestimmungen kennen, in den seltensten Fällen erfahren werden, wann und ob die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Verfügung ergangen ist. Trotzdem müssen sie in allen Fällen die Unwirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen. Die Bestimmungen zum Schutz gutgläubiger Dritter finden für solche Fälle keine Anwendung.

Andrerseits ist eine gerichtliche Feststellung, dass die Gründe für das Ruhen nicht mehr bestehen, im Interesse der Verkehrssicherheit durchaus erforderlich, weil ebenso wie der Beginn der thatsächlichen Verhinderung auch deren Beendigung dem Zeitpunkt nach ungewiss sein kann. Auch liegt es sowohl im Interesse

des Kindes wie des Gewalthabers selbst, wenn die Mutter resp. der Vormund noch die erste Zeit nach Fortfall des Verhinderungsgrundes die elterliche Gewalt ausüben, weil dem längere Zeit hindurch abwesend oder sonst verhindert gewesenen Vater in den meisten Fällen die Verhältnisse fremd geworden sind und er einiger Zeit zur Orientierung und Einarbeitung bedarf, um ohne Gefahr für das Kind und dessen Vermögen die Gewalt ausüben zu können.

Die Verträge, die der Gewalthaber während des Ruhens seiner Gewalt für das Kind abschliesst, werden nach den Regeln der Vertretung ohne Vertretungsmacht beurteilt; denn für diese ist es gleichgültig, ob die fehlende Vertretungsmacht eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche ist. Hier fehlt es an einer gesetzlichen Vertretungsmacht. Ist daher der Elternteil, dessen Gewalt ruht, geschäftsunfähig, so ist ein von ihm für das Kind abgeschlossener Vertrag vollkommen nichtig und kann weder durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters des Kindes, noch des volljährig gewordenen Kindes selbst wirksam werden. Ist der Gewalthaber dagegen nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder gar unbeschränkt geschäftsfähig, so hängt die Wirksamkeit, der von ihm geschlossenen Verträge von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des volljährig gewordenen Kindes ab (§ 177).

Wie wir also oben gesehn haben, kann beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters wohl eine thatsächliche Unsicherheit darüber bestehn, ob die

Rechtsgeschäfte des Vaters wirksam sind oder die der Mutter oder des für das Kind bestellten Vormundes. Rechtlich ist die Sachlage vollkommen klar. Die Handlungen des zur Ausübung der elterlichen Gewalt nicht Berechtigten sind unwirksam und nur die haben Geltung, welche von dem die elterliche Gewalt inzwischen Ausübenden vorgenommen sind. Zweifel können jedoch entstehn, wenn der Vater nur thatsächlich an der Ausübung verhindert ist, ohne dass seine Gewalt ruht und die Mutter währenddessen die Gewalt gemäss § 1685 Abs. I ausübt. In diesem Fall sind scheinbar zwei Machthaber vorhanden. Der Vater ist Inhaber der elterlichen Gewalt und auch zur Ausübung berechtigt, die Mutter handelt aber auch aus eignem Recht und nicht als Vertreterin ihres Mannes, wenn dieser thatsächlich verhindert ist. Die Mutter kann sich jedoch hierüber im Irrtum befunden haben.

Es ist der Fall denkbar, dass die Mutter im Glauben, der Vater sei verhindert, ein Rechtsgeschäft für das Kind abschliesst, während der Vater vielleicht auf telegraphischem Wege dasselbe Rechtsgeschäft in andrer Weise regelt. In diesem Falle gilt nur die Rechtshandlung des Mannes. Denn er ist Inhaber der elterlichen Gewalt und auch zur Ausübung berechtigt, die Mutter hat aber ohne Vertretungsmacht gehandelt, da die Voraussetzung des § 1685 Abs. I nicht wirklich, sondern nur nach ihrer, wenn auch entschuldbaren Annahme vorgelegen hat.[1] Es können sich weder

1) Planck, § 1685_{B}.

sie noch dritte Personen auf ihren guten Glauben berufen.

Die Folgen, die sich aus dem Ruhen der elterlichen Gewalt und der daraus resultierenden Nichtberechtigung des Gewalthabers ergeben, sind gesetzlich festbestimmt und im allgemeinen in Bezug auf den Gewalthaber unabhängig vom Grunde des Ruhens und dem Umstande, ob die elterliche Gewalt des Vaters oder die der Mutter ruht. Nur in Bezug auf die Personensorge sind die Folgen verschiedenartig gestaltet, je nachdem aus welchem Grunde die Gewalt ruht und welcher Elternteil in Frage kommt.

a. Die Sorge für die Person des Kindes umfasst die Fürsorge in allen persönlichen Verhältnissen, sowohl in thatsächlicher als rechtlicher Beziehung.[1] Die Aufzählung aller einzelnen Bestandteile der Personensorge wäre bei der Vielgestaltigkeit des Lebens unmöglich. Das Gesetz hebt in den §§ 1628—1632 einige wichtige Punkte hervor, ohne damit den Inhalt der gesamten Personensorge erschöpfen zu wollen. Danach hat der Gewalthaber das Recht und die Pflicht, für das Kind durch Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung zu sorgen und es in den die Person betreffenden Angelegenheiten zu vertreten, ferner seine Herausgabe von Jedem zu verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält. Ruht die Gewalt des Vaters oder der Mutter wegen Geschäftsunfähigkeit oder aus thatsächlichen Gründen gemäss § 1677, so

1) Planck, § 1627_1.

gehen sie dieser Rechte und Pflichten vollständig verlustig.[1] Für die Dauer des Ruhens der Gewalt sind sie in Bezug auf die Ausübung so anzusehn, als ob sie überhaupt nicht existierten. Nur der Verkehr mit dem Kinde wird dem Gewalthaber nicht versagt werden dürfen. Denn dieses Recht auf den Verkehr ist nicht ein Ueberrest der im übrigen verlorengegangenen Sorge für die Person, sondern findet seine Begründung und zugleich Berechtigung im natürlichen Elternrecht.[2] Bei Abwesenheit des betreffenden Gewalthabers ist diese Frage praktisch gleichgültig, bei Geisteskrankheit desselben kann sie jedoch in Betracht kommen. Natürlich ist in diesem Fall ein Verkehr nur zu gestatten, wenn er ohne moralische oder physische Gefährdung des Kindes stattfinden kann.

β. Beim Ruhen der elterlichen Gewalt aus den im § 1676 Abs. II aufgeführten Gründen tritt ein völliger Verlust der Sorge für die Person des Kindes nicht ein, vielmehr bleibt sie in beschränktem Masse bestehn, und zwar gilt im allgemeinen folgendes: Dem Gewalthaber steht die Sorge für die Person des Kindes neben dem gesetzlichen Vertreter zu. Das bedeutet, dass dem Gewalthaber die Erziehung und die Sorge für das leibliche Wohl des Kindes verbleibt. Denn wenn der Gewalthaber auch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder gebrechlich ist, so wird er oft doch im stande sein, in dieser Beziehung seine

1) Kosack S. 511, Staudinger, Commentar zum BGB. § 1676 und § 1677_3, ebenso Planck u. a. m.

2) Knitschky S. 159.

Pflichten gegen das Kind zu erfüllen. Das Gesetz geht von dem zu billigenden Grundsatz aus, dass die persönliche Fürsorge, wenn irgend angängig, von einem der Elternteile, als dem von der Natur gegebenen Schützer und Pfleger, ausgeübt werde. Um etwaigen Missständen vorzubeugen, bestimmt das Gesetz aber weiter, dass bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Gewalthaber und dem gesetzlichen Vertreter die Meinung des letztern vorgehn solle. Dadurch wird verhütet, dass das Kind eines z. B. trunksüchtigen oder verschwenderischen Vaters durch schlechte Erziehung in falsche Bahnen geleitet werde oder sittlich und physisch verkomme. Der Gewalthaber hat beim Ruhen seiner Gewalt die Stellung, die unter normalen Verhältnissen die Mutter einnimmt, der gesetzliche Vertreter die des Vaters.[1] Der gesetzliche Vertreter ist also nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Erziehung des Kindes in erster Linie zu leiten und es den etwaigen schlechten Einflüssen des Gewalthabers zu entziehen.

Ihm steht ferner die Vertretung des Kindes in den die Person betreffenden Angelegenheiten zu. Das Gesetz macht hierbei keine Ausnahme. Dem gesetzlichen Vertreter liegt also auch das Recht und die Pflicht ob, bei strafrechtlicher Verletzung der Person oder des Vermögens des Kindes den Strafantrag zu stellen oder die Privatklage zu erheben.[2] Unterlässt

---

1) Opet S. 286.
2) Knitschky S. 327.

er dieses gegebenen Falles, so kann der Gewalthaber sich darüber beim Vormundschaftsgericht beschweren. Selbst den erforderlichen Antrag stellen kann er jedoch keinesfalls.

Die Sorge für die Person der verheirateten minderjährigen Tochter entzieht sich dem Vater ganz, denn die eben besprochene beschränkte Personensorge geht auf den Ehemann der Tochter über.

Sehr bestritten ist die Frage, ob derjenige Elternteil, dessen Gewalt gemäss § 1676 Abs. II ruht, seine Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung des Kindes geben muss, beziehungsweise derselben widersprechen kann. In Betracht kommen die Vorschriften des § 4 Abs. II, wonach die Einwilligung des Gewalthabers zur Volljährigkeitserklärung erforderlich ist, es sei denn, dass ihm weder die Sorge für die Person noch das Vermögen des Kindes zustehe.

Opet[1] ist der Meinung, dass im vorliegenden Fall das Einwilligungsrecht des Vaters noch weiter bestände, da ihm doch eine, wenn auch beschränkte Personensorge verblieben sei. Der § 4 Abs. II fasse nur solche Fälle in's Auge, wo die Personen und Vermögenssorge im vollen Umfange dem Gewalthaber entzogen sei. Den Einwand, dass das Einwilligungsrecht des Gewalthabers illusorisch sei, da bei einer entgegengesetzten Entscheidung des gesetzlichen Vertreters dessen Meinung vorgehe, hält Opet für hinfällig. Die Entscheidung dieser Frage gehöre nicht

1) Opet S. 291.

zur Kompetenz des gesetzlichen Vertreters. Die Meinung desselben könne hierbei garnicht in Betracht kommen, da der § 4 das Einwilligungsrecht lediglich dem elterlichen Gewalthaber zugestände, und das sei der Vater aucht beim Ruhen seiner Gewalt geblieben, da das Ruhen nicht eine Aufhebung der elterlichen Gewalt, sondern nur eine Behinderung ihrer Ausübung begründe. Nur beim Vorliegen gewisser negativer Voraussetzungen, die hier nicht zuträfen, sei dem Gewalthaber das Einwilligungsrecht entzogen.

M. E. kann der Gewalthaber der Volljährigkeitserklärung nicht widersprechen. Denn wenn er auch eine gewisse Sorge für die Person des Kindes behalten hat, so ist diese doch zu sehr beschränkt, um bei einer so wichtigen Entscheidung in Betracht kommen zu können. Er hat die Stellung der Mutter in normalen Verhältnissen. Sowie deren Einwilligung unter gewöhnlichen Umständen nicht erforderlich ist so genügt auch die geringe Sorge, die dem Vater gemäss § 1676 Abs. II verblieben, nicht, um für ihn das Recht zu begründen, ein entscheidendes Wort bei der Volljährigkeitserklärung des Kindes mitzusprechen;[1] ebenso wie ihm bei allen sonstigen die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten die ausschlaggebende Stimme entzogen ist. Es würde auch dem Zweck der Vorschrift nicht entsprechen, wenn der Vater, der beim Ruhen seiner Gewalt keine Einblicke in die Verhältnisse des Kindes hat, und dem auch das

1) Knitschky S. 238.

Verständnis und die Einsicht hierfür fehlen, der Volljährigkeitserklärung widersprechen könnte, wenn die Mutter, die alle Geschäfte des Kindes besorgt, eine solche für im Interesse des Kindes liegend erachtet.[1]

In der eben besprochenen Weise gestaltet sich die beschränkte Personensorge des Gewalthabers beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1676 Abs. II in allen in Betracht kommenden Fällen, wenn der Vater der Träger der elterlichen Gewalt ist. Im allgemeinen gilt dasselbe auch für die Mutter, nur wenn ihre elterliche Gewalt wegen Minderjährigkeit ruht, so tritt eine abweichende gesetzliche Regelung ein. Sie hat in diesem Fall die Sorge für die Person des Kindes nicht neben dem Vormund, sondern an Stelle desselben.[2] Der Vormund hat in dieser Beziehung nur die Stellung eines Beistandes, d. h. er hat die Pflicht, die Mutter bei der Sorge für die Person des Kindes zu überwachen und zu unterstützen; bei Meinungsverschiedenheiten giebt die Mutter den Ausschlag. Erfüllt die Mutter ihre Pflichen gegenüber der Person des Kindes nach Ansicht des Vormundes nicht in gehöriger Weise oder trifft sie Anordnungen, die er für nachteilig hält, so muss er hierüber dem Vormundschaftsgericht berichten. Das Recht zum selbständigen Eingreifen steht ihm nicht zu.[3]

1) Ebenso Endemann S. 874, Planck, § 4_8, Staudinger S. 473 Nr. 3.
2) Planck, § 1696_2.
3) Kosack S. 512.

Diese grössere Selbständigkeit der Mutter entspricht den natürlichen Verhältnissen.[1] Eine Mutter, auch wenn sie noch minderjährig ist, wird besser für das leibliche Wohl und die Erziehung eines kleinen Kindes (und um ein solches kann es sich immer nur handeln) sorgen können, als ein bestellter Vormund. Ihre freiere Stellung ist insofern auch unbedenklich, als ihre Selbständigkeit sich nicht auch auf die Vertretung des Kindes in den die Person betreffenden Angelegenheiten erstreckt (§ 1696), diese vielmehr dem Vormund obliegt. In dieser Beziehung sind die Rechte und Pflichten desselben grössere als die eines Beistandes.[2]

Dass diese freiere Stellung vom Gesetz nicht auch dem minderjährigen Vater eingeräumt ist, ist wohl nur darauf zurückzuführen, dass ein solcher Fall äusserst selten eintreten wird, also keiner ausdrücklichen Regelung bedarf. Sonst läge m. E. kein Grund vor, ihn schlechter zu stellen als die Mutter.

Die Folgen des Ruhens der elterlichen Gewalt, die auf die Sorge für das Vermögen des Kindes und auf das Nutzniessungsrecht des Gewalthabers am Kindesvermögen Bezug haben, sind immer die gleichen, unabhängig davon, ob die elterliche Gewalt des Vaters oder die der Mutter ruht und aus welchen Gründen das Ruhen eintritt.

Der Gewalthaber verliert die Sorge für das Vermögen des Kindes. Er hört auf, Verwalter desselben

1) Motive S. 820.
2) Knitschky S. 263.

zu sein, doch bleiben seine vorher getroffenen Verwaltungshandlungen in Kraft. Dies gilt namentlich von den Rechtsgeschäften, die er im Namen des Kindes abgeschlossen hat. Es ist ein rechtlicher Unterschied zwischen den Rechtsgeschäften, die er im Namen des Kindes und solchen, die er kraft seiner elterlichen Nutzniessung vorgenommen hat, zu machen. Während erstere, inbegriffen Miet- und Pachtverträge, für das Kind unbeschränkt wirksam bleiben, gelten für letztere andre Regeln,[1] die später näher zu besprechen sind.

Mit dem Verlust der Verwaltung tritt an den Gewalthaber die Pflicht heran, das Kindesvermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen. (§ 1681). Diese Vermögensherausgabe und Rechenschaftslegung vollzieht sich, da keine speziellen Vorschriften für diesen Fall vom Gesetz gegeben sind, nach den allgemeinen Regeln der §§ 259—261. Der Gewalthaber muss das Kindesvermögen in dem Umfang herausgeben, wie er es übernommen hat, es sei denn, dass ohne sein Verschulden eine Wertminderung stattgefunden hat. Massgebend für die Frage, ob der Vater zum Ersatz der Verschlechterung verpflichtet ist oder nicht, ist die Bestimmmung des § 1664, wonach ihm eine Sorgfalt, wie in eignen Angelegenheiten obliegt. Das Kind trifft dabei die Beweislast dafür, dass der Gewalthaber den betreffenden Gegenstand in dem behaupteten Zustande erhalten habe.[2] Dem Gewalthaber liegt seinerseits ob, sich

1) Planck, § 1663_3
2) Planck § 1682_1

zu exculpieren. Er muss beweisen, dass die Verschlechterung trotz Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt eingetreten sei. Für die durch ordnungsmässigen Gebrauch entstandener Abnutzungen hat er nicht einzustehn. Eine Ersatzpflicht trifft ihn auch in Bezug auf Gegenstände, die bei Beginn seiner elterlichen Gewalt, beziehungsweise der Übernahme der Verwaltung, zwar zum Kindesvermögen gehört hatten, jedoch nicht in seinen Besitz gelangt waren.[1] Denn es wäre seine Pflicht gewesen, das gesammte Kindesvermögen in Besitz zu nehmen und zu verwalten.

Über die Pflicht des Vaters, die gemäss § 1654 verbrauchten oder veräusserten Sachen zu ersetzen, ist später bei Erörterung der Frage, welche Folgen das Rf dass uhen au Nutzniessungsrecht des Gewalthabers ausübt, zu sprechen.

Der Gewalthaber kann seinerseits bei Beendigung seiner Verwaltung Ersatz der für die Person und Vermögen des Kindes gemachten Aufwendungen verlangen, soweit nicht die Aufwendungen ihm selbst nicht zur Last fallen. (§ 1648). Sein Ersatzanspruch regelt sich nach den Vorschriften über den Auftrag.[2] In Betracht kommen nur solche Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§ 1648 in Verb. m. § 1670). Der aufgewandte Betrag, resp. der Wert desselben, ist von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen; jedoch nicht für die Zeit, für welche

1) Spahn, Verwandtschafts- und Vormundschaftsrecht nach dem BGB. S. 117.

2) Planck § 1648_1.

der Gewalthaber die Nutzung und Früchte der Sache bezieht, für die er die Aufwendungen gemacht hat (§ 256).[1]

Als Aufwendungen, die dem Gewalthaber selbst zur Last fallen, kommen namentlich die Lasten des seiner Nutzniessung unterliegenden Vermögens sowie die Kosten für den Unterhalt des Kindes in Betracht. Ob und in welchem Umfang diese letztere Verpflichtung vorgelegen hat, ergiebt sich aus den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern.

Damit der gesetzliche Vertreter des Kindes, der an Stelle des Gewalthabers die Verwaltung für die Dauer des Ruhens zu führen hat, über den Bestand des Kindesvermögens Bescheid weiss, ist ein Vermögensverzeichnis anzufertigen und vorzulegen (§ 260). Da der Gewalthaber in den meisten Fällen zur Aufstellung eines solchen selbst nicht im stande sein wird, liegt diese Verpflichtung seinem Vormund resp. Pfleger ob.

Besteht Grund zur Annahme, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt angefertigt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen einen diesbezüglichen Offenbarungseid zu leisten. (§ 260 Abs. II). Bei Angelegenheiten von geringerer Bedeutung besteht eine solche Verpflichtung nicht. (§ 269 Abs. III in Verb. m. § 260 Abs. III).

1) Spahn S. 86.

c) Als weitere Folge des Ruhens stellt sich die Verpflichtung des Gewalthabers dar, über seine Verwaltung Rechenschaft abzulegen.

Im gemeinen Recht[1] bestand nach herrschender Lehre diese Verpflichtung nicht. Man fürchtete hierdurch die Autorität der Eltern zu erschüttern und Anlass zu unliebsamen Prozessen zu geben. Im Interesse des Kindes erscheint aber eine Rechenschaftslegung unbedingt erforderlich, da es ihm sonst unendlich erschwert werden würde, die erlittenen Schädigungen zu erkennen und seine eventuellen Ansprüche gegen den Gewalthaber geltend zu machen. Nachlässige oder gewissenlose Eltern könnten ohne eine solche Bestimmung sich leicht den Ansprüchen ihrer Kinder wegen pflichtwidriger Führung der Verwaltung entziehen.

Die Rechenschaftslegung stellt sich dar als eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben unter Vorlegung der Belege, soweit solche erteilt zu werden pflegen (§ 259).[2]

Die Verpflichtung zur Rechenschaftslegung beschränkt sich natürlich auf den Bestand des unfreien und die Nutzung des freien Kindesvermögens, soweit dieses nicht der Verwaltung des Gewalthabers entzogen ist.[3] Für die Verwendung der auf Grund seines Nutzniessungsrechtes am unfreien Vermögen gewonnenen

1) Motive, S. 746 f.
2) Fraenkel, S. 150; Knitschky, S. 243.
3) Planck, § 1681_2.

Früchte ist er dem Kinde nicht verantwortlich. Da dem Gewalthaber nun in der Regel die Nutzniessung am Kindesvermögen zusteht, beschränkt sich seine Rechenschaftslegung meist darauf, anzugeben, wieviel Vermögen beim Beginn seiner Verwaltung da war und wieviel am Schluss derselben übrig geblieben und wodurch die Differenz entstanden ist.

Um der Rechenschaftslegung ihre praktische Bedeutung zu sichern, hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten, dass er die Einnahmen nach bestem Wissen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei (§ 259 Abs. 2).

Um seiner Verpflichtung zur Rechenschaftslegung mit der erforderlichen Sorgfalt nachkommen zu können, wird es sich für den Gewalthaber empfehlen, beim Antritt seiner Verwaltung ein Vermögensverzeichnis anzufertigen, obgleich er hierzu — anders als der Vormund — gesetzlich nicht verpflichtet ist.

d) Es sind Fälle denkbar, dass der Gewalthaber vom Eintritt des Ruhens keine Kenntnis erhält. Er ist dann zur Fortführung der mit der Sorge für die Person und das Vermögen verbundenen Geschäfte berechtigt, bis er diese Kenntnis erlangt hat oder sie erlangen musste, d. h., ohne sein Verschulden nicht erlangt hat. Diese Bestimmung hat zur Folge, dass die von ihm während der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtshandlungen nicht unwirksam sind und auch nicht nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag beurteilt werden, sondern so behandelt werden,

als ob sie zu einer Zeit vorgenommen wären, zu der er noch zur Ausübung der Gewalt berechtigt war.[1] Der Gewalthaber ist aber durchaus nicht verpflichtet, vorläufig irgendwelche Handlungen in Betreff des Kindes vorzunehmen, wie im Falle der Beendigung durch den Tod des Kindes (§ 1683). Er kann also für etwaige Unterlassungen nicht haftbar gemacht werden, auch wenn diese ihren Grund in seiner Nachlässigkeit haben Betreibt er aber in Unkenntnis des Ruhens die Angelegenheiten des Kindes, so hat er für die Sorgfalt die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt aufzukommen.

Er kann für seine Auslagen und Aufwendungen in gleicher Weise Ersatz beanspruchen, wie wenn seine elterliche Gewalt noch unbeschränkt bestände.[2] Dem gutgläubigen Gewalthaber sollen aus seiner unverschuldeten Nichtkenntnis vom Ruhen seiner Gewalt keine Nachteile erwachsen. Die Fortdauer seiner Vertretungsmacht wirkt sowohl dem Kinde gegenüber wie Dritten.

Dritte können sich jedoch auf diese Berechtigung des Gewalthabers nur berufen, wenn sie ihrerseits das Ruhen der Gewalt weder kannten noch kennen mussten Das bedeutet, dass bei Gutgläubigkeit des Gewalthabers und Bösgläubigkeit des Dritten eine Art negotium claudicans entsteht. Die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ist in diesem Fall davon abhängig, ob der gesetzliche

1) Knitschky S. 244.
2) Staudinger § 1682_1.
2) Planck, § 1424_1.

Vertreter des Kindes beim Geschäft bestehen bleiben will oder nicht.[1] Es ist hierbei gleichgültig, ob es sich um den Abschluss eines Vertrages oder um eine einseitige Willenserklärung handelt, mag diese empfangsbedürftig sein oder nicht.

Andrerseits kann der gutgläubige Dritte fordern, dass das Kind seinerseits den Vertrag aufrecht erhält, auch wenn es ein Interesse an der Ungültigkeit desselben hätte. Doch ist das Rechtsgeschäft auch in diesem Fall nur gültig, wenn die allgemeine Voraussetzung der Gutgläubigkeit des Gewalthabers vorliegt. Fehlt diese, so ist die Handlung des Gewalthabers stets unwirksam, auch wenn der Dritte völlig unverschuldeter Massen in Unkenntnis vom Eintritt des Ruhens war. Diese Folgerung ergiebt sich aus dem Sinne und Wortlaut des § 1682, der lediglich dem Schutze des Kindes und des gutgläubigen Vaters dienen soll.

γ. Während im übrigen die elterliche Gewalt dem Gewalthaber in erster Linie Pflichten auferlegt, ist die Nutzniessung am Kindesvermögen ein Recht, das dem Gewalthaber als dem Oberhaupt der Familie und Leiter des Hausstandes zusteht. Das Kind hat als Glied der Familie keine eigenen Bedürfnisse, da es vom Familienvater unterhalten wird. Deshalb soll sein Vermögen, das sozusagen als Familieneigentum anzusehen ist, auch der Familie dienstbar sein.[2] Es unterliegt daher der Verwaltung des Vaters, und die

1) Knitschky, S. 245.
2) Knitschky, S. 137 f.

Erträge fallen diesem zu.[1] In erster Linie sollen allerdings die Nutzungen dem Unterhalt des Kindes dienen und erst in zweiter Linie ein freies Einkommen des Gewalthabers darstellen. Das freie Nutzniessungsrecht des Vaters unterliegt also rechtlichen und sittlichen Beschränkungen zu gunsten des Kindes.

Ihrer Natur nach ist die elterliche Nutzniessung ein dingliches Recht, für das aber nicht ohne weiteres die Bestimmungen über den Niessbrauch gelten.[2] Nur im Hinblick auf den Fruchterwerb wird auf die Bestimmungen der §§ 1030 ff. verwiesen (§ 1652). Da aber vom Gesetz bei Regelung der elterlichen Nutzniessung viele Lücken gelassen sind, wird man auf allgemeine Grundsätze zurückgehen müssen, die man auf dem Gebiete des Niessbrauchrechtes zu suchen haben wird.[3]

Beim Ruhen der elterlichen Gewalt verbleibt dem Vater die Nutzniessung (§ 1678). Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel findet nur in dem unten näher zu besprechenden Fall des § 1685 Abs. 2 statt.

Das BGB. geht von der Erwägung aus, dass der Vater trotz des Ruhens seiner Gewalt rechtlich das Oberhaupt der Familie und Vorsteher des Hauswesens bleibt.[4] Der Hausstand wird weiter in seinem Namen fortgeführt. Ihm gebühren daher auch in Zukunft die Nutzungen. Es läge auch in der Entziehung des Rechts

1) Opet, S. 257.
2) Boschan, S. 22.
3) Knitschky, S. 192.
4) Protocolle, S. 652.

auf die Nutzniessung eine unverdiente Härte gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt, da das Ruhen derselben in den meisten Fällen ohne sein Verschulden eintritt.[1]

Dem Gewalthaber verbleibt aber nur das Recht an der Nutzniessung, zur Ausübung derselben ist er nicht berechtigt, denn nach § 1656 kann die Ausübung der Nutzniessung nicht von der Vermögensverwaltung getrennt werden. Es besteht zwar keine unmittelbare Beziehung zwischen dem Verwaltungs- und dem Nutzniessungsrecht als solchem. Es sind dies zwei getrennte Rechte, beziehungsweise Pflichten. Das eine ist ohne das andere wohl denkbar, die Ausübung der Nutzniessung ist aber ohne die Vermögensverwaltung praktisch nicht durchführbar.[2] Die Gründe für diese Bestimmung sind einleuchtend. Wenn der Vater die Ausübung der Nutzniessung behielte, könnte es leicht zu Konflikten zwischen dem Gewalthaber und dem Verwalter des Kindesvermögens kommen. Eine einheitliche und nutzbringende Vermögensverwaltung wäre unmöglich und dadurch würde sowohl das Interesse des Kindes als auch das des Gewalthabers selbst geschädigt werden.[3] Rechtlich ist die Stellung des Gewalthabers die gleiche wie vorher. Er hat nicht nur ein persönliches Forderungsrecht auf Herausgabe der Nutzungen, sondern an denselben in gleicher Weise wie vorher ein dingliches

---

1) Pfiller, Vormundschaftsrecht § 1678.

2) Enneccerus und Lehmann, das bürgerliche Recht S. 376/77.

3) Motive, S. 790.

Recht.[1] Er erwirbt die Früchte wie ein Niessbraucher mit der Trennung zu Eigentum. Mit Unrecht bestreitet Fraenkel[2] diese Auffassung und behauptet, dass der Gewalthaber nur ein dingliches Recht auf Herausgabe des Reingewinnes habe.

Im § 1652 ist ausdrücklich gesagt, dass der Vater die Früchte nach den Regeln des Niessbrauchs mit der Trennung gewinnt. Durch den Eintritt des Ruhens seiner elterlichen Gewalt wird rechtlich in dieser Beziehung nichts geändert, nur die Ausübung der Nutzniessung wird ihm genommen; das Recht selbst bleibt inhaltlich völlig unverändert beim Gewalthaber.

Diese Regelung ist getroffen, damit die Rechte des Vaters nicht mehr geschmälert werden, als es unbedingt im Interesse des Kindes erforderlich ist.[3] Es würde aber eine ganz erhebliche Schädigung des Vaters mit sich führen, wenn das Kind Eigentümer der getrennten Früchte würde und der Vater nur einen Anspruch auf Herausgabe hätte. In diesem Fall würden die Nutzungen dem Zugriff der Gläubiger des Kindes bis zur Übergabe an den Vater ausgesetzt sein. Das Interesse des Kindes bleibt dadurch völlig gewahrt, dass von den dem Vater zustehenden Nutzungen in Abzug gebracht werden kann, was zur ordnungsmässigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutzniessung erforderlich ist (§ 1656). Ferner können die Kosten des

1) Motive, S. 791; Planck, § 1656$_2$; Knitschky, S. 222; Opet, S. 269.

2) Fraenkel, S. 153.

3) Motive, S. 791/92.

Unterhalts des Kindes, soweit sie dem Vater zur Last fallen, aus den Nutzungen vorweg entnommen werden (§ 1656 Abs. 2). Dafür, dass diese Abzüge ihrer Bestimmung auch zugeführt werden und nicht von den Gläubigern des Vaters vorweg entnommen werden können, sorgen die Vorschriften der §§ 862 in Verb. m. 861/CPO. wonach die von dem Gewalthaber bereits erworbenen Früchte und Ansprüche aus den §§ 1655 u. 1656 insoweit der Pfändung nicht unterworfen sind, als sie zur Erfüllung der dem Vater nach § 1654 obliegenden Verpflichtungen und seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht erforderlich sind.[1]

Ebenso wie die Rechte des Gewalthabers an der Nutzniessung in ihrem vollen Umfang erhalten geblieben sind, sind es auch seine diesbezüglichen Pflichten. Der Umfang seiner Verbindlichkeiten gemäss § 1654 verbleibt derselbe, wie wenn er die Nutzniessung selbst ausübte. Er wäre also gegebenenfalls in gleicher Weise wie früher, persönlich haftbar, wenn die Aufwendungen für das Kindesvermögen die Erträge desselben übersteigen sollten. Zur Vornahme dieser notwendigen Aufwendungen ist er aber nicht selbst befugt,[2] sondern der Verwalter des Kindesvermögens, der die diesbezüglichen Rechtshandlungen aber nicht im Namen des Gewalthabers vornimmt, sondern im Namen des Kindes. Dieses hat jedoch gegen den Gewalthaber einen Anspruch auf Ersatz der Auslagen.

---

1) Knitschky, S. 213.
2) Knitschky. S. 223.

Auch klagen oder verklagt werden kann der Gewalthaber nicht, soweit die Klagen zur Verwaltung des Vermögens oder zur Ausübung der Nutzniessung gehören. Nur wenn es sich um sein Nutzniessungsrecht als solches oder die durch Trennung in sein Eigentum gelangten Früchte handelt, ist der Gewalthaber, bezugsweise sein gesetzlicher Vertreter hierzu aktiv oder passiv legitimiert.

Die Nutzniessung des Gewalthabers wird durch das Ruhen seiner Gewalt, also dadurch rechtlich beeinflusst, dass er an ihrer Ausübung verhindert ist, materiell erleidet aber die Nutzniessung keinen Abbruch. Der Gewalthaber bezieht nach wie vor die Einkünfte des seiner Nutzniessung unterliegenden Kindesvermögens und muss sich nur gemäss § 1656 Abs. I und II Abzüge wegen Verwendungen zu ordnungsmässiger Verwaltung des Vermögens zur Bestreitung der Lasten der Nutzniessung, sowie für die Kosten des Unterhalts des Kindes gefallen lassen, Abzüge für Verpflichtungen, die dem Inhaber der elterlichen Gewalt auch unter normalen Verhältnissen zur Last fallen.[1] Auch braucht er nicht zu befürchten, dass er dadurch, dass nicht er, sondern ein andrer für ihn die Nutzniessung ausübt, eine Einbusse an seinen Einkünften aus dem Kindesvermögen erleiden müsste. Der zur Vermögensverwaltung berufene gesetzliche Vertreter des Kindes ist vielmehr verpflichtet, bei der Verwaltung und Fruchtziehung neben dem Vorteil des

1) Opet, S. 269.

Kindes auch das Interesse des Gewalthabers wahrzunehmen.[1] Er muss beiden gegenüber eine grössere Sorgfalt an den Tag legen, als wie für eigne Angelegenheiten. Er kann sich dem Kinde gegenüber nicht darauf berufen, dass der Gewalthaber nicht sehr sorgsam in seinen Angelegenheiten zu sein pflege, dass also ein etwaiger Schaden auch unter dessen Verwaltung eingetreten wäre.[2] Denn die Bestimmung, dass der elterliche Gewalthaber nur diligentia quam suis anzuwenden habe, ist aus Pietätsrücksichten nur zu dessen Gunsten getroffen worden, nicht aber im Interesse eines andern gesetzlichen Vetreters des Kindes. Er kann sich aber auch dem Gewalthaber gegenüber nicht darauf berufen, dass dieser die Nutzniessung wenig sorgfältig ausgeübt hätte und deshalb die Einkünfte aus dem Kindesvermögen auch unter seiner Leitung verhältnissmässig nur gering gewesen wären. Denn die Vorschrift, dass der Vater nur eine Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten auszuüben brauche, ist nur zu seinen Gunsten gegeben worden und kann nicht zu seinem Nachteil ausgelegt werden

Unzweifelhaft richtig ist diese Ansicht Knitschky's dass der Verwalter des Kindesvermögens für jedes Verschulden einzutreten habe, wenn ein Vormund oder Pfleger die Nutzniessung ausübt, da diesen Personen durch die §§ 1833 und 1915 eine solche Haftung auferlegt ist. Anders ist die Sachlage jedoch m. E., wenn die Mutter nach § 1685 die elterliche

1) Motive, S. 192.
2) Knitschky, S.224.

Gewalt und damit auch die Vermögensverwaltung und Nutzniessung ausübt. Da die Mutter in diesem Fall die elterliche Gewalt mit denselben Rechten und Pflichten wie unter normalen Verhältnissen der Vater ausübt, ist sie auch ebenso wie der Vater nur verpflichtet, eine Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten anzuwenden, und zwar hat sie diese Stellung sowohl dem Kinde gegenüber als auch dem Vater. Für den Fall, dass der gesetzliche Vertreter des Kindes schuldhaft die Substanz des der Nutzniessung unterliegenden Gegenstandes mindert und dadurch die Einkünfte des Vaters schmälert oder dass er die Früchte nicht ordnungsmässig zieht, ist er dem Gewalthaber auf Grund des § 823 („oder ein sonstiges Recht") schadensersatzpflichtig. Neben ihm wird jedoch auch das Kind auf Grund von § 278 verantwortlich.[1] Im Verhältniss des gesetzlichen Vertreters zum Kinde hat natürlich ersterer den Schaden zu tragen.

Die im vorigen besprochenen Folgen des Ruhens in Bezug auf das Nutzniessungsrecht des Gewalthabers treten stets ein, wenn die Mutter Trägerin der elterlichen Gewalt ist. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so sind die Folgen im allgemeinen die gleichen, nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1685 Abs. II tritt eine abweichende Regelung ein.

Der § 1685 Abs. II lautet: „Ist die Ehe aufgelöst, so hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung (sc. der elterlichen Gewalt) zu

1) Planck, § 1656 $_2$.

übertragen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde. Die Mutter erlangt in diesem Fall auch die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes."

Es endet also Nutzniessung des Vaters dem Rechte nach nicht nur in Bezug auf die Ausübung. Diese Bestimmung ist deshalb getroffen, weil die Gründe, die für das Verbleiben der Nutzniessung beim Vater auch beim Ruhen seiner Gewalt für diesen Fall in Wegfall kommen. Der Vater ist thatsächlich nicht mehr der Leiter des Hausstandes. Es ist auch keine Aussicht vorhanden, dass er es je wieder wird. Das Hauswesen wird nicht mehr in seinem Namen interimistisch fortgeführt, sondern er ist völlig ausgeschieden und an seine Stelle ist die Mutter getreten. Sie ist nun thatsächlich Oberhaupt der Familie geworden, auf sie treffen nun die Erwägungen zu, die den Gesetzgeber veranlasst haben, dem Vater seinerzeit die Nutzniessung am Kindesvermögen zu übertragen.

Mit der Beendigung der Nutzniessung tritt an den Vater die Pflicht heran, mit dem Kinde abzurechnen und die gegenseitigen Ansprüche, die sich aus der Nutzniessung ergeben haben, auszugleichen. Er muss jetzt dem Kinde den Wert der gemäss § 1653 verbrauchten Sachen ersetzen. Allerdings bestimmt der § 1657, dass, wenn der Gewalthaber von der Ausübung der Nutzniessung ausgeschlossen ist, er eine dem Kinde gegenüber obliegende Verbindlichkeit,

die in Folge der Nutzniessung erst nach deren Beendigung zu erfüllen sein würde, sofort zu erfüllen hat, dass diese Vorschrift aber keine Anwendung findet, wenn die Gewalt ruht. Der § 1657, Satz 2 steht aber nicht im Widerspruch mit dem § 1685, Abs. II in Verbindung mit § 1653; denn der § 1657 fasst nur den allgemeinen Fall ins Auge, dass beim Ruhen der elterlichen Gewalt die Nutzniessung dem Rechte nach beim Vater verbleibt und ihm nur die Ausübung genommen wird, kann also keine Anwendung für den speziellen Fall des § 1685, Abs. II finden, wonach die Nutzniessung des Vaters auch dem Rechte nach endet. Endigt dieselbe ganz, was beim Ruhen der elterlichen Gewalt nur in dem jetzt besprochenen Fall eintritt, dann kommen eben die allgemeinen Bestimmungen des § 1653 zur Anwendung, wonach bei Beendigung der Nutzniessung sofort Ersatz der verbrauchten Gegenstände zu erfolgen hat.

Abgesehen von dieser Bestimmung kennt das BGB. in Betreff der Auseinandersetzung zwischen Vater und Kind bezüglich der Nutzniessung keine speziellen Vorschriften. Es sind daher die allgemeinen Grundsätze, die für die Beendigung des Niessbrauchs gelten, heranzuziehen.

Namentlich finden die Vorschriften des § 1056 Anwendung, wenn der Vater kraft seines Nutzniessungsrechts ein Miet- oder Pachtverhältnis über die Dauer seines Rechtes hinaus geschlossen hat

(§ 1663).[1] Das Kind tritt gemäss § 571 in das Miet- oder Pachtverhältnis ein; es steht ihm jedoch nach § 1056 Abs. II frei, nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Der Mieter oder Pächter ist seinerseits nicht zur Kündigung berechtigt, doch kann er das Kind unter Bestimmung einer angemessenen Frist zu einer Erklärung darüber auffordern, ob es von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen wolle oder nicht. Nach Ablauf der Frist kann eine Kündigung nicht mehr erfolgen. (§ 1056 Abs. III). Der Vater haftet dem Mieter oder Pächter für den vom Kinde zu ersetzenden Schaden nach Beendigung seiner Nutzniessung wie ein Bürge, der auf die Vorausklage verzichtet hat (§ 571, Abs. II). Die Vorausbezahlung des Mietzinses ist dem Kinde gegenüber nur wirksam, soweit sie für das laufende oder folgende Vierteljahr geschehen ist.

Hat der Gewalthaber ein landwirdschaftliches Grundstück oder ein Landgut in Ausübung seiner Nutzniessung selbst bewirtschaftet, so finden die Vorschriften der §§ 592 und 593 entsprechende Anwendung. Der Vater wird also entsprechend einem Pächter behandelt.

Die bis zur Beendigung erwachsenen Nutzungen verbleiben dem Gewalthaber, doch ist er verpflichtet, von den bei der Beendigung vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen gegen Entgelt soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirtschaft er-

1) Boschan, S. 27.

forderlich ist. Das Kind hat dem Vater die Kosten, die dieser auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft vor dem Ende des laufenden Jahres zu trennenden Früchte verwendet hat, zu ersetzen, soweit sie einer ordnungsmässigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. (§ 592). Der Vater wiederum hat dem Kinde den Wert der ordnungswidrig gezogenen Früchte nach den im § 1039 aufgeführten Vorschriften zu ersetzen. Im übrigen vollzieht sich die Ausgleichung der sich aus dem Verhältnis des Vaters zum Kinde ergebenden Verbindlichkeiten nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung geltenden Vorschriften der §§ 1415, 1416 Abs. I u. 1417 (§ 1660). Des nähern auf diese Einzelbestimmungen einzugehn, würde aus dem Rahmen dieser Arbeit fallen.

2. αa. Bei Besprechung der Folgen, die das Ruhen der elterlichen Gewalt für das Kind mit sich führt, soll zunächst von dem normalen Fall ausgegangen werden, dass die Ehe der Eltern nicht aufgelöst ist und dass in der Person der Mutter keine Gründe für ein Ruhen oder eine Beendigung ihrer elterlichen Gewalt liegen.

Wie wir schon gesehen haben, ist der Vater auch beim Ruhen seiner elterlichen Gewalt noch immer Träger derselben. Nur die Ausübung ist ihm genommen. Im Interesse des minderjährigen Kindes ist es nun bei einer thatsächlichen oder rechtlichen

Verhinderung des Vaters seinen Pflichten ihm gegenüber nach zukommen, erforderlich, dass eine andre Person an seine Stelle tritt; hierzu ist in erster Linie die Mutter berufen. Die Frauen sind im BGB. in Bezug auf ihre Geschäftsfähigkeit den Männern rechtlich gleich gestellt. Es liegt also kein Grund vor, ihnen da, wo sie durch die natürlichen Verhältnisse zum Handeln berufen sind, dieses zu untersagen.[1] Durch diese gesetzliche Regelung wird vermieden, dass sich ohne zwingende Gründe fremde Personen in die intimen Familienverhältnisse mischen und störend zwischen Kind und Mutter treten.

Beim Fortfall des Vaters tritt olso die sittliche Pflicht an die Mutter heran, für die der Obhut noch bedürftigen Kinder zu sorgen. Neben dieser Pflicht muss ihr aber billiger Weise auch dieselbe rechtliche Stellung wie dem Vater eingeräumt werden. Wenn also dem Vater auch dem Rechte nach noch die Gewalt zusteht, so übt die Mutter dieselbe doch nicht als seine Vertreterin aus, sondern in eigenem Namen und kraft eigenen Rechts.[2] Sie kann auch, wenn ihre Herrschaft nur vorübergehend währt, doch völlig nach eigenem Ermessen handeln;[3] sie ist nicht an die etwaigen Wünsche oder Vorschriften des Vaters, nicht einmal diesem gegenüber, gebunden. Dieser muss wenn er wieder seine Rechten und Pflichten als Gewalthaber übernimmt, alle Rechtshandlungen der

1) Motive, S. 736.
2) Neumann, § 1678.
3) Kosack, S. 509.

Mutter gegen sich gelten lassen, auch wenn sie seinem ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen widersprechen. Denn die Mutter hat nicht als bestellter Vertreter oder negotiorum gestor des Vaters gehandelt, sondern kraft eignen Rechts mit denselben rechtlichen Wirkungen, wie unter normalen Verhältnissen der Mann.[1]

Der Übergang der Gewalt auf die Mutter vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne dass es einer vormundschaftlichen Überweisung bedarf.[2] Wenn die Mutter vor 1900 Vormund des Kindes war, so ist die Vormundschaft durch das Gericht aufzuheben und die Mutter tritt kraft Gesetzes in die freiere Stellung eines elterlichen Gewalthabers. Ebenso erwirbt die Mutter von selbst die elterliche Gewalt, wenn eine andre Person zum Vormund des Kindes ernannt worden war. Diese Vormundschaft ist aufzuheben. Nach der Ansicht von Habicht[3] bleibt die Mutter, auch wenn ohne besondern Grund nicht sie, sondern ein anderer vor 1909 zum Vormund ernannt worden ist, einstweilen in der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes beschränkt, und der Vormund erhält in Bezug auf die Sorge für das Vermögen die Stellung eines Beistandes, dem gemäss § 1693 die Vermögensverwaltung ganz übertragen ist; und in Beziehung auf die Personensorge die Stellung eines Pflegers. Dem der Artikel 204 EG. zum BGB. fände Anwendung,

1) Knitschky, S. 248.
2) Planck, § 1685_1.
3) Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsgeschäfte, S. 633/34.

weil eine Beschränkung der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes, wenn auch nicht aus subjektiven, in der Person der Mutter liegenden Gründen, sondern aus dem objektiven bisherigen Recht vorlägen. M. E. kommt dieser Artikel nur in Anwendung, wo nach dem bisherigen Recht der Mutter überhaupt eine Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes zugestanden hat und diese durch eine Anordnung der Behörde beschränkt gewesen ist. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so ist in der Bestellung einer andern Person als Vormund, keine Anordnung der Behörde zu sehn, durch die die Mutter in der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes beschränkt worden ist. Denn wo der Mutter ein solches Recht überhaupt nicht zugestanden hat, kann von einer Beschränkung dieses Rechts nicht die Rede sein. Vor 1900 hatte nach den meisten Gesetzgebungen die Mutter kein selbständiges Recht auf die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes, sondern höchstens einen Anspruch auf Berufung zu dem Amt als Vormund. Ist ihr Anspruch ohne ersichtlichen Grund übergangen worden, so liegt wohl eine anfechtbare Handlung der Behörde vor, aber keine das Recht der Mutter in der Sorge für die Person oder das Vermögen beschränkende Anordnung.

Die Berechtigung des Vormundes zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte gemäss § 1893 in Verb. m. § 1682 besteht natürlich auch für diese Fälle.

Die Nutzniessung an dem Kindesvermögen geht aber beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters mit Ausnahme des im § 1685 Abs. II vorgesehnen Falles nicht auf die Mutter über. Ihr steht nur die Ausübung der Nutzniessung zu. Es wird hierfür kein spezieller Pfleger ernannt. Es entspricht den natürlichen Verhältnissen am besten, wenn die Mutter, da sie im übrigen die elterliche Gewalt ausübt, auch die mit dem täglichen Leben verbundnen kleinen Verwaltungshandlungen vornimmt, und die störende Einmischung des Vaters, resp. seines Vormundes ferngehalten wird.[1] Sie erhält in dieser Beziehung eine ähnliche Rechtsstellung wie der gerichtliche Verwalter, der zur Ausübung des Niessbrachs gemäss § 1052 bestellt ist.[2] Sie hat dem Vater die gewonnenen Nutzungen herauszugeben, jedoch nicht sie, sondern das Kind ist dem Vater ersatzpflichtig, wenn die Nutzungen nicht ordnungsmässig gezogen werden. Da das Kind durch sie die Nutzniessung ausübt und gemäss § 278 für die Handlung seines Vertreters einzustehen hat.

Wie schon erwähnt, übt die Mutter die elterliche Gewalt nicht als Vertreterin des Vaters, sondern kraft eignen Rechts aus. Daraus folgt, dass die Ausübung der elterlichen Gewalt in vollem Umfange auf die Mutter übergeht, auch wenn sie vorher in der Person des Vaters Beschränkungen unterlegen hatte. Sind dem Vater gemäss §§ 1666 oder 1670 einzelne Be-

1) Motive, S. 719.
2) Planck, § 1656_2.

fugnisse entzogen worden, so haben diese Bestimmungen keine Wirkung mehr, sobald die elterliche Gewalt auf die Mutter, wenn auch nur der Ausübung nach übergeht. Ein etwa bestellter Pfleger oder Vormund ist zu entlassen und der Mutter die Ausübung der Gewalt in vollem Umfang einzuräumen. Das Gesetz hat allerdings nicht ausdrücklich eine dahingehende Bestimmung getroffen, aber die Richtigkeit dieser Annahme ergiebt sich aus dem rechtlichen Charakter, den der Gesetzgeber der elterlichen Gewalt gegeben hat. Sie steht grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zu. Unter normalen Verhältnissen tritt nur das Recht der Mutter an der Ausübung der Gewalt zu gunsten des Vaters zurück. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so kommt die bisher sozusagen, ruhende Gewalt der Mutter zur Geltung. Sie übt nun ihrerseits die ihr von Anbeginn zustehende rechtliche Gewalt nicht als Vertreterin des Vaters, sondern kraft eignen Rechtes aus. Die Folge ist, dass die Beschränkungen der Gewalt, die nur aus Gründen, die in der Person des Vaters liegen, angeordnet sind, keinen Einfluss auf den Umfang ihrer Ausübungsberechtigung haben. Ihr selbständiges Recht an der Ausübung wird dadurch nicht berührt. Auch würde eine anderweitige Regelung eine blosse Ungerechtigkeit gegen die Mutter enthalten; denn das Gesetz kann sie doch nicht unter den Verfehlungen die der Vater begangen hat, leiden lassen.

Auf die elterliche Gewalt der Mutter finden gemäss § 1686 die für die Gewalt des Vaters geltenden Vor-

schriften mit einigen Ausnahmen Anwendung. Der Mutter steht also, so lange das Ruhen dauert, die Sorge für die Person und das Vermögen, sowie die Vertretung des Kindes zu. Ist dem Vater noch eine beschränkte Sorge für die Person des Kindes gelassen, so geht doch ihr Wille vor. Sie hat also im allgemeinen dieselbe Stellung wie der Vater unter normalen Verhältnissen. Da aber der Gesetzgeber von der Ansicht ausgeht, dass die Frau oft derartig erzogen und vorgebildet ist, dass ihr die Einsicht und Erfahrung fehlt, verwickelte Geschäfte zu führen, so hat er Bedenken darin gesehn, sie in allen Fällen ohne jeden Rat und Beaufsichtigung bei der oft schwierigen Verwaltung zu lassen.[1] Diesem Bedürfnis soll durch Bestellung eines Beistandes abgeholfen werden. Ein Beistand soll ihr jedoch nicht regelmässig zu teil werden, sondern nur ausnahmsweise, wo die Bestellung eines solchen notwendig erscheint.[2] Das Institut der Beistandschaft ist von Gierke[3] als verfehlt bekämpft worden; nach seiner Ansicht müsste die Mutter entweder die elterliche Gewalt völlig selbständig ausüben, falls sie sich den an sie gestellten Anforderungen gewachsen fühlt, oder sie müsste der elterlichen Gewalt durch eignen Verzicht oder durch Entziehung durch das Vormundschaftsgericht ganz verlustig gehen. In diesem Fall müsste dann ein Vormund bestellt werden. Ein

1) Motive, S. 736.
2) Motive, S. 798.
3) Gierke. Entwurf eines BGB. S. 470f.

solcher könnte mit grösserer Umsicht und Verständnis die Angelegenheiten des Kindes besorgen als die Mutter, auch wenn ihr ein Beistand zur Seite stände. Da die gesamte Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes im Interesse desselben in einer Hand vereinigt sein müsste.

Hiergegen wendet Planck[1] ein: erkenne man die Mutter für fähig an, die elterliche Gewalt auszuüben, so dürfe man dem Vater oder dem Vormundschaftsgericht nicht gestatten, ihr diese wieder zu entziehn. Lägen wirklich zwingende Gründe dafür vor, so sei ja durch den § 1666 eine Möglichkeit dazu gegeben. Ein Verzicht nun gar widerspräche völlig den Grundanschauungen des BGB. über die elterliche Gewalt, wonach sie in erster Linie eine Pflicht und kein Recht sei. Das Institut des Beistandes, in der durch das Gesetz gegebnen Form entspräche durchaus den Bedürfnissen und würde seiner Bestimmung völlig gerecht. Diesen Ausführungen Planck's muss beigestimmt werden. Das Institut des Beistands erregt ja manche Bedenken. Ausser den von Gierke aufgeführten noch das, dass es in vielen Fällen dritten Personen nicht bekannt sein wird, ob der Mutter ein Beistand beigeordnet ist. Dritte werden also oft nicht wissen, ob ein mit der Mutter abgeschlossnes Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung eines Beistandes bedarf oder nicht.[2]

---

1) Planck, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 75, S. 381.
2) Opet, S. 319.

Aber dieser Nachteil, der gutgläubigen Dritten erwachsen kann, muss mit in den Kauf genommen werden in Anbetracht der grossen Vorzüge, die diese Institution mit sich bringt. Denn die elterliche Gewalt der Mutter bleibt dem Prinzip nach erhalten und doch wird das Interesse des Kindes und der Mutter völlig gewahrt, da bei schwierigen Vermögensverwaltungen, denen sich die Mutter nicht gewachsen fühlt, oder denen sie nach Ansicht des Vaters oder des Vormundschaftsgerichts nicht gewachsen ist, ihr eine geeignetet Persönlichkeit die Verwaltung entweder teilweise oder ganz abnimmt oder sie wenigstens durch seinen Rat unterstützt und einer Gefährdung der Interessen des Kindes bei gewissenhafter Handhabung seiner Aufsichtspflicht vorbeugt.

Ob der Mutter überhaupt im Fall des § 1685 ein Beistand zu bestellen ist oder nur, wenn die elterliche Gewalt gemäss § 1684 dem Rechte nach auf sie übergeht, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt Wenn die Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt voraussichtlich nur von kurzer Dauer ist, würde eine Beistandsbestellung auch überflüssig sein. Von Wert wird aber eine solche sein, wenn das Ruhen längere Zeit währt. Wenn nun der Gesetzgeber auch in erster Linie an die Fälle gedacht hat, wo die Gewalt des Vaters definitiv endigt, so wird man die den Beistand betreffenden Vorschriften des Gesetzes auch dann anzuwenden haben, wenn die Mutter während des Ruhens seiner Gewalt dieselbe

ausübt.[1] Gegen eine solche Auslegung spricht nichts, dafür viel.

Die Bestellung eines Beistandes soll nicht die Regel bilden, sondern nur ausnahmsweise erfolgen. Wann die Voraussetzungen hierfür vorliegen, ergiebt sich aus § 1687. Der unter Ziffer 1 angeführte Grund zur Bestellung kommt beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters nicht in Betracht. Denn der § 1777, auf den der § 1687 Ziffer 1 verweist, handelt nur von einer letztwilligen Vormundsbenennung durch den Vater. Für die Bestellung eines solchen für den Fall des Ruhens seiner Gewalt oder einer sonstigen Verhinderung an der Ausübung ist er durch das Gesetz nicht ermächtigt.

Stets zu bestellen ist ein Beistand auf einen diesbezüglichen Antrag der Mutter hin. Der Antrag bedarf keinerlei Begründung, sondern ihm muss ohne weiteres stattgegeben werden.[2] Denn da die Mutter die Ausübung der elterlichen Gewalt nicht ablehnen darf, muss ihr in den Fällen, wo sie sich ihrer Stellung nicht gewachsen fühlt, eine geeignete Person zur Unterstützung beigeordnet werden. Die Vorschrift des § 1687 Ziffer 2 kann zur Folge haben, dass der Mutter auch dann ein Beistand bestellt werden muss, wenn auch feststeht, dass die elterliche Gewalt des Vaters nur auf ganz kurze Zeit ruhen wird, und die Mutter durchaus imstande wäre, währenddem alle

1) Knitschky, S. 252 f.

2) Meyer und Reis, Lehrbuch des Familien-Erbrechts, Bd. 1, S. 148; Göhring, S. 115; Planck, § 1687, b.

Rechte des Kindes wahrzunehmen. Denn die Erlangung eines Beistandes ist in die reine Wilkür der Mutter gesetzt.

Oft wird es jedoch vorkommen, dass die Mutter sich für umsichtig und erfahren genug hält, die Pflichten, die ihr als Gewalthaberin obliegen, zu erfüllen, ohne dass dies den Thatsachen entspricht. In einem solchen Fall muss das Vormundschaftsgericht von amtswegen einschreiten können. Das Gesetz ermächtigt das Gericht daher, der Mutter einen Beistand zu bestellen, wenn es aus besonderen Gründen, insbesondere wegen des Umfangs oder der Schwierigkeit der Vermögensverwaltung oder in den Fällen der §§ 1666 u. 1667 die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet. In Betracht können kommen objektive Gründe, also eine besonders schwierige oder verwickelte Vermögensverwaltung oder subjektive in der Person der Mutter liegende,[1] z. B. wenn die Mutter sich bei einer an sich nicht sehr umfangreichen oder schwierigen Vermögensverwaltung als unfähig oder nachlässig erweist. Unter solchen Umständen kann die Bestellung auch gegen den Willen der Mutter erfolgen.[2] Vor der Bestellung sind jedoch die Mutter und die nähern Verwandten des Kindes zu hören.

Die Mutter bleibt trotz des Beistandes die Vertreterin des Kindes; sie handelt für das Kind. Dem Beistand liegt im allgemeinen nur die Pflicht ob, die

1) Opet, S. 311; Planck, § 1687c.
2) Spahn, S. 122.

Mutter in der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes zu unterstützen und zu überwachen (§ 1689). Jedoch kann ihm in Bezug auf die Vermögensverwaltung eine selbständigere Stellung eingeräumt werden, nicht aber in Bezug auf die Personensorge.[1]

Im einzelnen gilt für den Wirkungskreis des Beistandes folgendes: er kann für alle Angelegenheiten, für gewisse Arten von Angelegenheiten oder für einzelne Angelegenheiten bestellt werden (§ 1688 Abs. 1). Über den Umfang seines Wirkungskreises entscheidet die Bestellung. Ist darüber nichts ausdrücklich bestimmt, so fallen alle Angelegenheiten in seinen Wirkungskreis (§ 1685 Abs. 2). Wird der Beistand auf Antrag der Mutter bestellt, so kann das Vormundschaftsgericht, wenn es dies für angebracht hält, seinen Wirkungskreis über den Antrag der Mutter hin erweitern, denselben enger fassen jedoch nicht.[2]

Der Beistand hat im allgemeinen die Stellung eines Gegenvormundes. Er hat die Mutter durch Rat und That zu unterstützen; die Mutter braucht jedoch den Rat des Beistandes nicht zu befolgen.[3] Im Hinblick auf die Vermögensorge ist er zur Mitwirkung bei solchen Rechtsgeschäften berufen, zu denen ein Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes bedarf (§ 1630). Ausgenommen sind solche Rechtsgeschäfte, welche die Mutter auch ohne Beistand nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsge-

1) Spahn, S. 126; Planck, § 1693_1.
2) Planck, § 1688_2.
3) Opet, S. 314.

richts vornehmen kann. Aber auch bei den übrigen Rechtsgeschäften kann seine Genehmigung immer durch die des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden. Das Gericht soll jedoch vor Erteilung der Genehmigung den Beistand hören, sodass es in Praxi ausgeschlossen ist, dass Rechtshandlungen ohne sein Wissen vorgenommen werden.

Kraft seiner Überwachungspflicht kann er jederzeit Einblick in die Bücher und in den Gang der Vermögensverwaltung nehmen. Beim Vorliegen etwaiger Misstände muss er dem Vormundschaftsgericht hiervon Mitteilung machen. Zum selbständigen Eingreifen ist er jedoch nicht berechtigt.

Dies ist in grossen Zügen die Stellung des Beistandes, die er unter normalen Verhältnissen einnimmt. Es kann ihm jedoch auch unter Umständen die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen werden. Eine solche Übertragung ist nur auf Antrag der Mutter zulässig; jedoch braucht das Vormundschaftsgericht einem diesbezüglichen Antrag nicht immer statt zu geben, sondern das Interesse des Kindes entscheidet. Der dispositive Charakter dieser Vorschrift ergiebt sich aus dem vom Gesetz gebrauchten Worte „kann“.[1] Soweit die Vermögensverwaltung dem Beistand übertragen ist, hat er die Stellung eines Pflegers (§ 1693). Als diesem steht ihm, nicht der Mutter, die Vertretung des Kindes in den die Sorge für das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zu. Auf seine Vermögensverwaltung finden

1) Planck, § 1693_1.

die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften der §§ 1793—1836 Anwendung. Bei Streitigkeiten zwischen der Mutter und dem Beistand in Angelegenheiten, die sowohl auf die Sorge für das Vermögen wie die Person des Kindes Bezug haben, entscheidet das Vormundschaftsgericht, das sich nur der einen oder der anderen Meinung anschliessen muss, jedoch keine eigene dritte Ansicht aufstellen darf.

Das Amt des Beistandes endigt, abgesehen von den allgemeinen Endigungsgründen der §§ 1885—1889, wenn die elterliche Gewalt der Mutter dem Rechte oder der Ausübung nach in Wegfall kommt, also beim Ruhen oder bei der Beendigung ihrer elterlichen Gewalt, sowie mit Beendigung des Ruhens der Gewalt des Vaters.[1] Ferner, wenn der Mutter die Sorge für denjenigen Kreis von Angelegenheiten entzogen wird, für die der Beistand bestellt ist. Dies erklärt sich aus dem rechtlichen Charakter der Beistandschaft, die ein Accessorium der elterlichen Gewalt der Mutter bildet, also mit ihr steht und fällt.

Ausser diesen ipso iure eintretenden Endigungsgründen kann das Vormundschaftsgericht in den Fällen des § 1687 No. 2 u. 3 die Bestellung des Beistandes jederzeit wieder aufheben, wenn es sich herausstellt, dass die Voraussetzungen, auf die hin die Bestellung erfolgt ist, nicht oder nicht mehr vorliegen. Im Fall des § 1687 No. 2 darf dies jedoch nur mit Zustimmung der Mutter geschehen (§ 1695).

---

1) Knitschky, S. 254.

b) Voraussetzung dafür, dass die Ausübung der elterlichen Gewalt auf die Mutter übergeht, ist aber nicht nur die Thatsache, dass die elterliche Gewalt des Vaters ruht, sondern auch dass die Mutter zur Ausübung der Gewalt ihrerseits imstande ist. Liegen zu der Zeit, wo das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters eintritt, in der Person der Mutter Gründe vor, nach denen ihre Gewalt ruhen oder beendigt sein würde, dann ist sie weder rechtlich noch thatsächlich zur Ausübung der Rechte und Pflichten eines elterlichen Gewalthabers befähigt und das Vormundschaftsgericht muss gemäss § 1665 die im Interesse des Kindes erforderlichen Massregeln treffen.

Die Massregeln werden meistens in der Bestellung eines Vormundes bestehen, weil in solchen Fällen die Voraussetzungen des § 1773 vorliegen. Denn das Kind steht zwar unter elterlicher Gewalt, beide Eltern sind jedoch weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt. Ob dieses Bedürfnis für eine allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen nur vorübergehend oder dauernd ist, kommt nicht in Betracht. Jedoch würde es sich aus praktischen Gründen empfehlen, wenn gegen die Mutter ein Entmündigungsverfahren schwebt, zuerst die Entscheidung des Verfahrens abzuwarten und für die Zwischenzeit nur einen Pfleger zu bestellen.[1]

Neben dem Vormund steht der Mutter jedoch gemäss § 1698 die Sorge für die Person des Kindes

1) Schroeder und Mugdan, S. 164.

in gleicher Weise zu wie nach § 1634 neben dem Vater. Dieser Paragraph findet wegen seiner allgemeinen Fassung nicht nur Anwendung, wenn die elterliche Gewalt des Vaters gemäss § 1676 Abs. 1 und § 1677 völlig ruht, sondern auch, wenn ihm nach § 1676 Abs. 2 eine beschränkte Personensorge zusteht. Diese thatsächliche Sorge für die Person üben dann beide Eltern in gleicher Weise aus. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern entscheidet der Vormund. [1]

Nicht ausdrücklich von dem Gesetz entschieden ist die Frage, wie sich die Stellung der Mutter gestaltet, wenn die elterliche Gewalt des Vaters nach § 1676 Abs. 2 ruht und der Mutter wegen Minderjährigkeit die Ausübung der elterlichen Gewalt nicht übertragen werden kann. Es ist aber den Erwägungen folgend, die den Gesetzgeber veranlasst haben, die Bestimmung des § 1696 aufzustellen, anzunehmen, dass in diesem Fall die Mutter die ihr vom Gesetz gewährte freiere Personensorge ausübt und das Recht des Vaters dadurcht weil beschränkter, zurücktritt. [2]

Ähnlich wie in diesem Falle ist die Stellung der Mutter in einer nichtigen Ehe, wenn ihr die Nichtigkeit beim Abschluss der Ehe bekannt war und die dem Vater allein zustehende elterliche Gewalt wegen seiner Geschäftsunfähigkeit oder nach § 1677 ruht (§ 1702).

---

1) Planck, § 1698_6.

2) Planck, § 1698_3.

Der Vormund hat in Bezug auf die Personensorge die Stellung eines Beistandes; bei Meinungsverschiedenheiten geht also die Meinung der Mutter vor,[1] diese Personensorge in den obenbesprochenen Fällen und im Fall des § 1702 ist als Bestandteil der elterlichen Gewalt anzusehen und unterliegt daher den Regeln dieser. Dies gilt namentlich in Bezug auf das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts, die Unzulässigkeit des Verzichtes, den Erwerb und Verlust ipso iure usw.[2]

Im Erfolg analog, wenn auch auf rechtlich anderer Grundlage, gestaltet sich die Stellung der Mutter, wenn sie beim Eintritt des Ruhens der Gewalt des Vaters zwar zur Ausübung der Gewalt befähigt war, dieses Recht aber später verliert, weil ein Grund eintritt, weswegen ihre Gewalt ruht oder endet. Für diese Fälle finden die Vorschriften des § 1698 keine Anwendung, der nur die Stellung der Mutter regeln soll, wenn von vornherein ein Vormund bestellt worden ist. Es treten dafür die allgemeinen Folgen des Ruhens, resp. der Beendigung der elterlichen Gewalt ein, d. h. es muss vom Vormundschaftsgericht für das Kind ein Vormund bestellt werden, neben dem die Mutter entweder allein oder neben dem Vater oder überhaupt nicht die Personensorge ausübt. Die Mutter hat in gleicher Weise, wie seinerzeit der Vater die Verpflichtung, das Kindesvermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen (§ 1681). Auch für sie finden die Vorschriften des § 1682 be-

1) Knitschky, S. 273; Spahn, S. 126.
2) Staudinger, § 1702 II.

treffend die einstweilige Fortführung der Vermögensverwaltung Anwendung.

3. Ist die Mutter zur Zeit, wo das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters beginnt, schon gestorben oder liegt in ihrer Person ein Grund vor, gemäss dem sie nach § 1680 die elterliche Gewalt über das Kind verwirkt hätte, falls ihr diese schon zugestanden hätte, so ist gleichfalls ein Vormund für das Kind zu bestellen, dessen Rechte und Pflichten in Ansehung des Kindes sich aus den allgemeinen Regeln über Vormundschaft ergeben, soweit nicht dem Vater gemäss § 1676 Abs. II die thatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes zusteht und in dieser Beziehung die Thätigkeit des Vormundes nicht so umfangreich ist wie im allgemeinen.

Ruht die elterliche Gewalt des Annehmenden, so übt nur in dem Fall die Frau des Adoptivvaters die elterliche Gewalt aus, wenn das Kind von den Ehegatten gemeinschaftlich adoptiert ist. Ist dies nicht geschehn, so ist ein Vormund zu bestellen, neben dem der Adoptivvater die thatsächliche Personensorge behält wenn seine Gewalt gemäss § 1676 Abs. II ruht. Ruht sie wegen Geschäftsunfähigkeit oder aus thatsächlichen Gründen, so kehrt das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen zu den leiblichen Eltern zurück, doch nur wenn diese dem Kinde gegenüber unterhaltspflichtig sind. Zur Vertretung des Kindes sind sie jedoch nicht berechtigt (§ 1765), sondern sie haben dieselbe Stellung wie die minderjährige Mutter

nach § 1696.[1] Jedoch nur derjenige Elternteil ist fürsorgsberechtigt und verpflichtet, der den Unterhalt thatsächlich gewährt.

γ. Die eben besprochnen Folgen des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters sind die des Normalfalles, dass die Ehe der Eltern besteht oder nur durch den Tod der Mutter aufgelöst ist.

Das Gesetz giebt im § 1685 Abs. II eine recht erheblich abweichende Regelung der Folgen, wenn die Ehe aus andern Gründen aufgelöst ist. Ob die Auflösung vor oder nach Eintritt des Ruhens stattgefunden hat, ist rechtlich bedeutungslos. Im erstern Fall greifen die diesbezüglichen Vorschriften sofort mit Eintritt des Ruhens Platz, im letztern erst sobald die Auflösung erfolgt ist.

Als Fälle der Auflösung der Ehe kommen für den § 1685 Abs. II unbestrittenermassen in Betracht Scheidung der Ehe und Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung des Vaters. Letzterer Auflösungsgrund wird in diesem Zusammenhang äusserst selten vorkommen und ist nur so denkbar, dass der Vater nach erfolgter Wiederverheiratung der Mutter zurückkehrt und seine gemäss § 1679 Abs. II wieder erlangte elterliche Gewalt aus irgend einem Grunde ruht.

Sehr bestritten ist, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäss § 1575, als Auflösung der Ehe

1) Planck, § 1765_2.

im Sinne des § 1685 Abs. II anzusehn ist. Habicht[1] und Staudinger[2] sind der Ansicht, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft keine Auflösung der Ehe herbeiführe. Staudinger stützt seine Ansicht auf folgende Erwägungen: 1) der vom Gesetz gewählte Ausdruck „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“ solle schon bedeuten, dass dadurch nicht die Ehe selbst, sondern nur die Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben werden soll, 2) eine Wiederverheiratung gelte als Bigamie, 3) die Gemeinschaft könne jederzeit ohne Förmlichkeiten wiederhergestellt werden. Wenn die Ehe wirklich „aufgelöst“ wäre, so wäre dies nicht möglich, sondern dann müsste eine neue den Formvorschriften des Gesetzes entsprechende Heirat geschlossen werden, 4) im Personenstandesgesetz § 355 Abs. I würde ausdrücklich die Auflösung der Ehe der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegenübergestellt, 5) die Entstehungsgeschichte dieser Einrichtung widerspräche einer derartigen Auffassung. Es hätte dadurch den Ehegatten ein Weg eröffnet werden sollen, wodurch sie von dem ihnen unleidlichen Zusammenleben entbunden würden, ohne dass das Band der Ehe gelöst würde, was ihren etwaigen moralischen oder kirchlichen Anschauungen widerspräche.

So sehr man versucht sein könnte, diesen einleuchtenden Ausführungen Staudinger's beizustimmen, muss m. E. doch der herrschenden Lehre[1] Recht

1) Habicht, S. 638.
2) Staudinger, § 1586_1.

gegeben werden, wenn sie annimmt, dass die entgegengesetzte Ansicht dem Zusammenhang der Gesetzesvorschriften besser gerecht werde und sich mit dem Wortlaut des § 1586 auch besser vereinigen lasse. Entstanden ist diese Einrichtung aus einem Compromiss zwischen Staat und Kirche. Der Staat ist der Auffassung, dass es seinem und seiner Bürger Wohl am meisten entspräche, wenn aus Gründen, die zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft führen, eine völlige Scheidung der Ehe mit allen ihren Wirkungen einträte; die katholische Kirche hält eine solche Institution mit allen ihren Consequenzen für unvereinbar mit ihrem Dogma von der Unlösbarkeit der Ehe. Daher hat das Gesetz einen Mittelweg eingeschlagen, wonach im allgemeinen die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dieselben Wirkungen ausüben solle, wie die Scheidung mit Ausnahme solcher, die den Anschauungen der Kirche zu sehr widerspräche, wie die Eingehung einer neuen Ehe.

Die im § 1586 ausgeführten Ausnahmen charakterisiren sich aber eben nur als solche; eine weitere Ausdehnung auf andere rechtliche Verhältnisse ist daher unzulässig.[2] Es sollen daher alle übrigen rechtlichen Folgen, die das Gesetz an die Scheidung der Ehe knüpft, auch bei der Aufhebung der ehelichen

1) Endemann, S. 692; Planck, § 1586_2; Neumann, § 1587 II α; Fischer-Henle, § 1684_6; Knitschky, S. 246, Anm. 13; Spahn, S. 120 u. A. m.

2) Endemann, S. 692; Planck, § 1586_3.

Gemeinschaft eintreten. Wenn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft also vielleicht auch nicht korrekt als eine Auflösung der Ehe dem Bande nach bezeichnet werden kann, so soll sie doch im übrigen dieselben Wirkungen ausüben, wie eine solche, namentlich im Sinne der §§ 1684 No. 2 u. 1685 Abs. II.[1] Dass in diesen Paragraphen der Ausdruck „aufgelöst" gebraucht ist, ist ein redaktioneller Fehler, der dadurch entstanden ist, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erst später in das Gesetz eingefügt worden ist.[2] Dem Sinne nach sollte dadurch nichts geändert werden; denn rechtlich und in ihren Wirkungen soll die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der Auflösung der Ehe durch Scheidung gleichstehn, wenn auch vielleicht der Ausdruck „Auflösung" nicht ganz zutreffend und korrekt ist.

Dass eine Gleichstellung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft mit den sonstigen Auflösungsgründen der Ehe berechtigt ist, wird bei der folgenden Besprechung der Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Aufstellung des § 1685 Abs. II geführt haben, noch mehr zu Tage treten.

Nach Auflösung der Ehe wird die elterliche Gewalt keinesfalls ohne weiteres von der Mutter ausgeübt, das Normale ist vielmehr, dass die Mutter nicht an die Stelle des Vaters, dessen Gewalt ruht, tritt. Nur beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen kann ihr vom Vormundschaftsgericht die Ausübung auf ihren

1) Neumann, § 1587 II.
2) Endemann, S. 692, Anm. 13.

Antrag hin übertragen werden. Diese Voraussetzungen sind, dass die elterliche Gewalt des Vaters ruht — also nicht, wenn der Vater nur an der Ausübung thatsächlich verhindert, ohne dass eine diesbezügliche Feststellung durch das Vormundschaftsgericht erfolgt ist — und dass keine Aussicht vorhanden ist, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde.

Es gilt also als Regel, dass die Mutter nach Auflösung der Ehe die elterliche Gewalt nicht ausübt.

Das Gesetz geht dabei von der richtigen Erwägung aus, dass durch die Auflösung der Ehe die Solidarität der Interessen zwischen den Ehegatten in Wegfall gekommen ist.[1] Das nahe persönliche Verhältnis, wie es zwischen Ehegatten während der Dauer der Ehe besteht, ist gestört. Es ist unter diesen Umständen nicht anzunehmen, dass die Mutter die Erziehung des Kindes im Sinne des Vaters fortführen werde. Namentlich liegt die Annahme nahe, dass die Mutter bei Ausübung der dem Vater verbleibenden Nutzniessung nicht in gehöriger Weise das Interesse des Vaters wahrnehmen werde. Diese Bedenken sind besonders schwerwiegend, wenn der Vater nur auf kürzere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist oder seine Gewalt voraussichtlich nicht auf längere Zeit hinaus ruht. Wenn die Mutter dann zur Ausübung der Gewalt zugelassen werden würde, ist zu befürchten, dass sie alle Dispositionen des Vaters in Bezug auf die Person und das Vermögen des Kindes

1) Motive, S. 824; Goering, S. 114.

umstossen und das Interesse des Kindes durch einen plötzlichen Wechsel in der Art der Erziehung und leiblichen Pflege gefährden könnte. Es ist daher wünschenswert, dass jede Einmischung der Mutter ferngehalten werde. In diesem Fall liegt es dem Vormundschaftsgericht ob, gemäs § 1665 die erforderlichen Massregeln zu treffen, die in der Regel in der Bhstellung eines Vormundes bestehen werden, da die Voraussetzungen des § 1773 gegeben sind. Liegen die oben erwähnten Bedenken gegen die Mutter nicht vor, so kann die Mutter zum Vormund bestellt werden. Dadurch werden etwaige Härten dieser Gesetzesvorschrift gemildert. Für sie gelten dann aber dieselben Vorschriften wie für einen andern Vormund. Sie erhält also nicht die freiere Stellung eines elterlichen Gewalthabers.

Wird eine andre Person zum Vormund bestellt, so erhält die Mutter nicht die Personensorge neben diesem gemäss § 1698. Dieser Paragraph hat für die Fälle, wo die Ehe der Eltern aufgelöst ist, keine Gültigkeit, denn er verweist ausdrücklich auf die Vorschriften des § 1634, der nur insoweit Gültigkeit hat, als die Ehe besteht.[1] Eine etwaige Personensorge der Mutter regelt sich vielmehr nach den allgemeinen diesbezüglichen Bestimmungen über das Verhältnis der Kinder zu den Eltern bei geschiedenen Ehen, d. h. jenachdem welcher Elternteil für schuldig erklärt worden ist. Die Ehescheidung übt im allgemeinen keinen Einfluss auf die Gestaltung der elterlichen Gewalt aus.

1) Kosack, Bd. II, S. 512.

Nur in Betreff der thatsächlichen Personensorge wird im § 1635 eine anderweitige Regelung getroffen. Dadurch dass die elterliche Gewalt des Vaters ruht, ohne dass die Mutter sich die Ausübung der Gewalt gemäss § 1685 Abs. II übertragen lässt, werden die Vorschriften dieses Paragraphen nicht berührt, nur dass an Stelle des Vaters der für das Kind bestellte Vormund tritt. Die Regelung der Personensorge gestaltet sich daher gemäss § 1635 in einigen möglichen Fällen wie folgt:

Ist der Vater für den allein schuldigen Teil erklärt worden, so steht die Sorge für die Person des Kindes der Mutter zu. Ihr Wille geht in allen Erziehungs- und sonstigen die Person betreffenden Angelegenheiten dem des für das Kind bestellten Vormundes vor. Nur die Vertretung des Kindes, sowie die Sorge für das Vermögen und die Ausübung der beim Vater verbleibenden Nutzniessung ist dem Vormund, der an Stelle des Vaters getreten ist, überlassen.

Ist die Mutter für allein schuldig erklärt worden, so hat der Vormund auch die gesamte Personensorge. Da diese vor Eintritt des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters diesem allein zustand. Nur die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde ist ihr gelassen (§ 1636).

Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Personensorge in dem oben besprochenen Umfang für einen Sohn unter 6 Jahren oder für eine Tochter der Mutter zu, für einen Sohn über 6 Jahren dem Vormund. Dasselbe gilt nach § 1637 für den in

diesem Zusammenhang äusserst seltenen Fall, dass die Ehe nach § 1348 Abs. II aufgelöst ist.

Diese Regelung greift aber nur Platz, wenn die Ehe aus den in den §§ 1565—1568 bestimmten Gründen geschieden ist. Eine abweichende rechtliche Stellung erhalten also die Eltern, wenn die Ehe wegen Geisteskrankheit des einen Ehegatten geschieden wird. Dies ist wohl der häufigste Fall, wo das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters und die Auflösung der Ehe zusammentreffen. Der Gesetzgeber hat keine besonderen Vorschriften gegeben, ob und wie weit der Mutter die Sorge um die Person des Kindes zusteht, wenn sie sich nicht nach § 1685 Abs. 2 die Ausübung der elterlichen Gewalt übertragen lässt, da letzteres wohl regelmässig geschehen wird. Denn die Voraussetzung des § 1685 Abs. 2, dass keine Aussicht bestehen darf, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde, wird in diesem Fall immer vorliegen, da gemäss § 1569 nur dann eine Ehescheidung wegen Geisteskrankheit zulässig ist, wenn keine Aussicht besteht, dass die Krankheit geheilt werde.

Mangels anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen gelten die allgemeinen Grundsätze, dass durch die Ehescheidung die rechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern nicht berührt werden.[1] Sollte also die Mutter aus irgendwelchen Gründen Abstand nehmen, sich die Ausübung der elterlichen Gewalt übertragen zu lassen, wozu sie ja nicht gezwungen werden kann, so ist für das Kind gemäss § 1773 ein Vormund

1) Staudinger, § 1635 IV.

zu bestellen, der im Verhältnis zu Kind und Mutter dieselbe Stellung einnimmt, wie vorher der Vater. An der thatsächlichen Sorge der Mutter für die Person des Kindes, die ihr schon vor Erkrankung des Vaters gemäss § 1634 zustand, wird dadurch nichts geändert. Diese verbleibt ihr nach wie vor. Unrichtig ist deshalb, m. E. die Ansicht Kosacks,[1] der in dem Fall, dass die Ehe wegen Geisteskrankheit des Vaters geschieden ist und der Mutter die Ausübung der Gewalt nicht übertragen ist, annimmt, dass dem für das Kind zu bestellenden Vormund auch die gesammte Personensorge zustehe. Die Mutter also auch die ihr durch den § 1634 überlassene Personensorge nicht ausüben könne, da dieser Paragraph nur für bestehende Ehen Gültigkeit habe. Es wäre eine ganz widersinnige, und wie oben ausgeführt, den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes widersprechende Massregel, der gesunden Mutter, gegen die nicht das geringste Nachteilige vorliegt, die Sorge für die Person des Kindes, die ihr schon im Normalfall obliegt, jetzt bei Fortfall der Gewalt des Vaters zu nehmen und einer fremden Person anzuvertrauen, die viel weniger geeignet ist als die Mutter, für das leibliche Wohl und die Erziehung des Kindes zu sorgen.

Die Gründe, die den Gesetzgeber veranlasst haben, bei zeitweiliger Verhinderung des Vaters der Mutter nicht die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen, kommen aber im Wegfall, wenn die Gewalt

1) Kosack, S. 512.

des Vaters voraussichtlich für immer ruht.[1] Es würde dann allerdings häufig auch ein Wechsel in der Art der Erziehung und Pflege stattfinden, aber nicht für eine kurze interemistische Zeit, sondern voraussichtlich für die ganze Dauer der Minderjährigkeit des Kindes. Auch ein Vormund würde bei dauerndem Ruhen der Gewalt des Vaters nicht mehr die Erziehung völlig im im Sinne des Vaters fortführen können und wollen, wie es bei kürzerer Verhinderung des Gewalthabers wohl geschehn würde. Unter diesen Umständen ist es natürlicher und für das Kind in den meisten Fällen weit erspriesslicher, wenn es in die Gewalt der Mutter, seiner natürlichen Pflegerin, gelangt. Diese Gewaltübertragung soll jedoch nur auf Antrag der Mutter erfolgen, um zu vermeiden, dass sie wider ihren Willen stattfinde.[2] Das Vormundschaftsgericht hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1685 Abs. II vorliegen, und muss in diesem Fall der Mutter die Ausübung der Gewalt übertragen, ohne Rücksicht darauf, ob es sie für geeignet zur Erfüllung der ihr daraus erwachsenden Pflichten hält oder nicht, es sei denn, dass in ihrer Person rechtliche oder thatsächliche Gründe vorliegen, wonach sie als nicht berechtigt zur Ausübung der elterlichen Gewalt erscheint. In Betracht kommen solche Gründe, oder Thatsachen, die das Ruhen, die Verwirkung oder die Entziehung der elterlichen Gewalt der Mutter herbeigeführt hätten,

---

1) Protocolle, S. 652.

2) Knitschky, S. 249.

wenn sie beim Eintritt der Ereignisse schon zur Ausübung der Gewalt berechtigt gewesen wäre.

Hält das Vormundschaftsgericht die Mutter aus andern Gründen für wenig geeignet zur Ausübung der elterlichen Gewalt, so muss ihrem Antrag trotzdem stattgegeben werden; nur kann das Vormundschaftsgericht von seiner Befugnis Gebrauch machen, der Mutter einen Beistand zu bestellen.

Wirksam wird die Übertragung mit der Bekanntmachung an die Mutter (§ 16 FrGG.).

Die Mutter kann den diesbezüglichen Antrag sowohl sofort nach Eintritt des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters stellen als auch später. Im letzteren Fall endet das Amt eines etwa für die Zwischenzeit bestellten Vormundes mit der Übertragung von selbst.

Für die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter gilt das oben unter II 1 α Gesagte. Nur erlangt die Mutter auch die Nutzniessung am Kindesvermögen. Diese Massregel mag als eine Härte gegenüber dem wegen Geisteskrankheit oder Schwäche entmündigten Vater erscheinen, rechtfertigt sich aber aus den Gründen, die dazu geführt haben, dem Vater unter normalen Verhältnissen die Nutzniessung am Kindesvermögen zu gewähren. Die Mutter nimmt in vorliegendem Fall voraussichtllich für die ganze Dauer der Minderjährigkeit der Kinder die Stellung des Vaters als Oberhaupt der Familie ein. Ihr, als Leiterin des Hausstandes, sollen daher auch die Nutzungen am Kindesvermögen, die als Beitrag zu den Aufwendungen des Hauswesens aufgefasst werden, zufallen. In diesem

Fall ist aber die Mutter im Gegensatz zu den allgemeinen Regeln über die Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern vor dem Vater verpflichtet dem Kinde den gesetzlichen Unterhalt zu gewähren, auch wenn die Kosten hierfür die Einnahmen aus den Nutzungen übersteigen (§ 1606).[1]

Der Mutter steht es jedoch frei, gemäss § 1662 auf die Nutzniessung zu verzichten. Dadurch wird der Vater wieder in erster Linie zum Unterhalt des Kindes verpflichtet. Nicht ausdrücklich entschieden ist vom Gesetz die Frage, ob bei solchem Verzicht der Mutter das frühere Nutzniessungsrecht des Vaters wieder auflebt oder ob die Nutzungen zur Substanz des Kindesvermögens geschlagen werden. Aus allgemeinen Erwägungungen ist letzteres anzunehmen. Der Verzicht auf die Nutzniessung gemäss § 1662 ist begrifflich nur zu gunsten des Kindes denkbar. Zu gunsten eines Dritten ist ein Verzicht nicht möglich, da dadurch der Charakter der Unübertragbarkeit der elterlichen Nutzniessung illusorisch gemacht werden würde. Wenn daher derjenige Elternteil, dem die Nutzniessung dem Gesetze nach zusteht, auf dieses Recht Verzicht leistet, so wird das Vermögen, auf das sich die Nutzungen beziehen, freies Kindesvermögen.[2] Es ist unmöglich, dass der Vater das Nutzniessungsrecht wieder erlangt, solange die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, auf die hin ihm dieses Recht genommen worden war, selbst dann, wenn die Mutter von dem Übergang dieses

1) Planck, § 1606. 1.
2) Staudinger, § 1651. f. Planck, § 1662. 1.

Rechtes auf sie keinen Gebrauch machen will. Diese Konsequenz muss m. E. aus den allgemeinen Grundsätzen gezogen werden, obgleich sich nicht läugnen lässt, dass darin eine grosse Ungerechtigkeit gegen den Vater liegt. Durch den Verzicht der Mutter wird er wieder in erster Linie dem Kinde gegenüber unterhaltspflichtig, die Nutzungen am Kindesvermögen, die das Aequivalent dafür bilden sollen, erlangt er aber nicht wieder.

Gleichfalls vom Gesetz nicht ausdrücklich entschieden und daher zweifelhaft ist die Frage, wie sich das Nutzniessungsrecht der Mutter gestaltet, wenn der Vater darauf zu einer Zeit, wo seine elterliche Gewalt noch nicht ruhte, verzichtet hatte oder es ihm nach § 1666 entzogen worden war.

Im letztern Fall erlangt die Mutter m. E. zweifellos die Nutzniessung.[1] Wie an andrer Stelle schon des nähern ausgeführt, haben Beschränkungen der Gewalt des Vaters durch das Vormundschaftsgericht keinen Einfluss auf den Umfang der nur von der Mutter auszuübenden elterlichen Gewalt. Solche Anordnungen, die nur aus Gründen, die in der Person des Vaters liegen, vom Gericht getroffen sind, braucht die Mutter nicht gegen sich gelten zu lassen, da sie nicht Rechtsnachfolgerin des Vaters ist. Sie übt die elterliche Gewalt nicht als Vertreterin des Vaters aus, so dass sie in seine Rechtsstellung eintritt, sondern kraft eignen Rechtes, das vorher, solange der Vater

1) A. A. anscheinend Neumann, § 1685 II b.

in erster Linie zur Ausübung berechtigt war, nur noch nicht zur Geltung gekommen war.

Anders ist aber m. E. die Rechtslage, wenn der Vater gemäss § 1662 auf die Nutzniessung verzichtet hatte. Hat das Gesetz dem Vater, als demjenigen Elternteil, der unter normalen Verhältnissen die Gewalt ausübt, das Recht eingeräumt, auf die Nutzniessung zu verzichten, so muss man daraus den Schluss ziehen können, dass dieser Verzicht zum mindesten solange von Wirksamkeit ist, als der Vater noch rechtlich Träger der elterlichen Gewalt ist, also auch noch solange seine Gewalt ruht; denn in diesem Fall liegt nicht nur wie bei der Entziehung der Nutzniessung durch das Vormundschaftsgericht nur eine Beschränkung der Gewalt in Ansehung der Person des Vaters vor, die keine Wirkung für die Mutter hat, sondern der Fortfall eines der Bestandteile der elterlichen Gewalt. Die elterliche Gewalt als solche verliert durch diesen Verzicht des Vaters an Umfang, nicht wird nur die Berechtigung des Vaters an der Gewaltausübung dadurch beschränkt. Geht die Ausübung der elterlichen Gewalt gemäss § 1685 Abs. II auf die Mutter über, so erlangt sie in diesem Fall die Nutzniessung nicht, denn dieser Bestandteil ist ja von der elterlichen Gewalt, deren Ausübung ihr übertragen wird, losgelöst.

Geht die Nutzniessung auf die Mutter über, so übt sie diese in derselben Weise aus wie der Vater. Für sie gelten gleichfalls die Regeln der §§ 1649 ff.

Über die Art und Weise, wie sich der Übergang der Nutzniessung vom Vater auf die Mutter regelt, über die Wirksamkeit der vom Vater kraft seines Nutzniessungsrechts geschlossenen Verträge, über das Einbehalten, resp. die Herausgabe der Nutzungen u. s. w. ist schon an andrer Stelle gesprochen worden.

III.

Da das Ruhen der elterlichen Gewalt keinen Verlust dem Rechte nach bedeutet, sondern nur einen zeitweiligen Wegfall der Ausübungsberechtigung durch den Gewalthaber, hören die Folgen des Ruhens ipso iure auf, sobald die Voraussetzungen, die zum Eintritt des Ruhens geführt haben, nicht mehr bestehen. Es Es bedarf nicht einer ausdrücklichen Rückübertragung der Rechte und Pflichten durch das Vormundschaftsgericht. Dies gilt ganz allgemein, auch wenn die elterliche Gewalt gemäss § 1677 ruht. Hier bedarf es nur einer Feststellung durch das Vormundschaftsgericht, dass die thatsächliche Verhinderung nicht mehr besteht (§ 1677 Abs. II).[1] Der Gewalthaber tritt damit von selbst in seine frühere Stellung wieder ein. Es findet also auch in diesem Fall keine Rückübertragung seiner Rechte statt. Durch die gerichtliche Fesstellung soll nur klar gestellt werden, dass die Voraussetzungen für das Ruhen der Gewalt nicht mehr vorliegen.

Für den Zeitpunkt, wann das Ruhen endigt, gilt im einzelnen Folgendes:

1) Knitschky, S. 249.

Das Ruhen wegen Geschäftsunfähigkeit des Gewalthabers dauert, wenn eine Entmündigung nicht stattgefunden hat, so lange, bis der im § 104 Z. 2. vorgesehne Zustand nicht mehr besteht. Wann dieses Ereignis eintritt, wird Thatfrage sein. Die Regel wird bilden, dass dieser Zustand erst als beendet wird angesehen werden dürfen, wenn ein Arzt den Kranken für völlig geheilt erklärt. Der Eintritt eines sogenannten lichten Momentes oder Zustandes, während dem der Kranke dem Laien als gesund erscheint, wird nicht für genügend erachtet werden können, da nach ärztlichen Erfahrungen häufig geisteskranke Personen einen völlig gesunden Eindruck machen können und trotzdem für ihre Handlungen nicht im geringsten verantwortlich gemacht werden dürfen. Solche Personen sind aber auch nach § 104 Z. 2. als Geschäftsunfähige zu behandeln.

War der Gewalthaber wegen Geisteskrankheit oder aus den im § 114 aufgeführten Gründen entmündigt, so endigt das Ruhen seiner Gewalt erst mit der Aufhebung seiner Entmündigung. Wirksam wird die Wiederaufhebung durch die Zustellung des diesbezüglichen Beschlusses an den Entmündigten (§ 16 FGG.)

Wird der Entmündigungsbeschluss durch Anfechtungsklage beseitigt (§ 672 CPO.) oder die Entmündigung durch Klage wieder aufgehoben (§ 679 CPO.), so endigt das Ruhen erst mit Rechtskraft des Urteils (§§ 672 u. 679 in Verb. m. 672 CPO.).[1]

1) Knitschky, S. 235.

Wird der Entmündignngsbeschluss durch eine Anfechtungsklage wieder beseitigt, so gilt die Entmündigung als niemals erfolgt. Hieraus muss man schliessen, dass auch das Ruhen der elterlichen Gewalt, welches nur eine Konsequenz der Entmündigung gewesen ist, als niemals erfolgt zu betrachten ist. Nun gilt zwar der § 115 BGB., welcher die Wirksamkeit sowohl der von und gegenüber dem Entmündigten als auch der von und gegenüber seinem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte vorschreibt, eben nur für das Verhältnis zwischen dem Entmündigten und seinem Vertreter. M. E. aber müsste der Inhalt des § 115 auch auf die von dem Vertreter des Kindes vorgenommenen Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden, d. h., wenn der für das Kind infolge des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters bestellte Vormund durch die erfolgreich angestellte Anfechtungsklage in Wegfall gekommen ist, so müssen die von und gegenüber ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte ebenso gültig sein, wie die von und gegenüber dem Vertreter des Entmündigten vorgenommenen. Widersprechen sich die Rechtshandlungen des Vaters und des für das Kind bestellten Vormundes, so liegt die Sachlage so, als ob beide eine handelnde Person wären, also als wenn einer zwei widersprechende Erklärungen abgegeben hätte. Wirksam ist die zuerst abgegebene. Hat die Vornahme beider Rechtsgeschäfte zur selben Zeit stattgefunden, so sind beide unwirksam, falls sie nicht nebeneinander bestehen können.[1]

1) Planck, § 115. 1. Gareis, Allgemeiner Teil d. BGB § 115.

Diese eben besprochenen Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn im Fall einer vorläufigen Vormundschaft der Antrag anf Entmündigung zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen wird. (§ 115 Abs. II).

Das Ruhen wegen Minderjährigkeit des Gewalthabers endigt mit Eintritt der Volljährigkeit, sei es durch Vollendung des 21. Lebensjahres, sei es durch Volljährigkeitserklärung.

Ist gemäss § 1910 Abs. 1 ein Pfleger für die Person und das Vermögen des Gewalthabers bestellt, so endigt das Ruhen mit Aufhebung der Pflegschaft. Die Wirkung des Aufhebungsbeschlusses ist an die Zustellung an den Pfleger geknüpft. Dies ergiebt der § 16 FrGG. denn die diesbezügliche vormundschaftsgerichtliche Verfügung ist ihrem Inhalt nach für den Pfleger bestimmt.[1]

Ruht die Gewalt aus thatsächlichen Gründen, so bedarf es einer vormundschaftsgerichtlichen Feststellung, dass der Grund des Ruhens nicht mehr vorliege, um die Beendigung des Ruhens herbeizuführen (§ 1677 Abs. II). Dieser Bestimmung liegen dieselben Erwägungen zu Grunde, die den Gesetzgeber veranlasst haben, den Eintritt des Ruhens von einer solchen Feststellung abhängig zu machen. Dieselben sind an andrer Stelle besprochen worden. Namentlich sollte durch diese Bestimmung vermieden werden, dass zwei Personen nebeneinander zum Vertreter des Kindes be-

1) Knitschky, S. 236.

rufen seien, wodurch Konflikte unvermeidlich wären.[1] In Wirksamkeit tritt die Verfügung durch Bekanntmachung an denjenigen Elternteil, dessen Gewalt ruhte. (§ 51 Abs. II FrGG.).

Mit Beendigung des Ruhens tritt von selbst der Zustand wieder ein, der vor Eintritt des Ruhens bestanden hatte. Der bisherige Gewalthaber erlangt die Ausübung der Gewalt wieder zurück. Hatte die Mutter die Gewalt gemäss § 1685 ausgeübt, so hört ihre Berechtigung zur Ausübung wieder auf und sie nimmt ihre frühere durch den § 1634 geregelte Stellung neben dem Vater wieder ein. Das Amt eines bestellten Vormundes erlischt ipso iure, da die im § 1773 für die Anordnung einer Vormundschaft aufgestellten Voraussetzungen in Wegfall gekommen sind. Doch sind sowohl die Mutter wie der Vormund, wenn sie unverschuldetermassen von der Beendigung des Ruhens keine Kenntnis erlangt haben, zur Fortführung der Geschäfte gemäss § 1682 berechtigt. Ferner sind sie zur Herausgabe des Vermögens und zur Rechenschaftslegung verpflichtet. Es gilt in Ansehung dieser Rechte und Pflichten dasselbe, wie für den Vater beim Eintritt des Ruhens seiner Gewalt. Es kann daher auf obige Ausführungen verwiesen werden. Hervorgehoben muss an dieser Stelle nur noch werden, dass alle Rechtshandlungen der Mutter oder des Vormundes, die sie während der Dauer des Ruhens vorgenommen haben, für und gegen den Vater wirken, denn die Mutter wie der Vormund haben als gesetz-

1) Opet, S. 306.

liche Vertreter des Kindes gehandelt, nicht in Vertretung oder im Auftrage des Vaters. Der Vater kann sich also nicht darauf berufen, dass die Art der Ausübung der elterlichen Gewalt seinem ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen widersprochen habe.